

ЧАСТЬ II.

МОШЕННИЧЕСТВО

ПО

ДѢЙСТВУЮЩЕМУ РУССКОМУ ПРАВУ.

ЧАСТЬ II

МОШЕННИЧЕСТВО

ДѢЯТЕЛЬНОСТЬ РАССЛѢДОВАТЕЛЬСКОГО

Улож., требуютъ на сторонѣ потерпѣвшаго имущественный вредъ, убытокъ; случаи, предусмотрѣнные Уставомъ о наказ. также требуютъ этотъ признакъ; исключенія мы укажемъ ниже.

Въ виду его пріобрѣтеніе какой бы то ни было имущественной выгоды безъ нарушенія чужаго имущества не можетъ быть признано мошенничествомъ, хотя бы по другимъ признакамъ дѣйствіе виновнаго вполне обнималось опредѣленіемъ ст. 1665 Улож.— Такъ: А., желающій жениться на дочери Б., для побужденія его согласиться на этотъ бракъ, уговариваетъ В. сообщить Б. ложныя о своемъ званіи свѣдѣнія и В. за этотъ обманъ получаетъ имущественную выгоду; или: А. посредствомъ обмана получилъ его видъ на жительство, изъ котораго и извлекъ ту противузаконную выгоду, что проживалъ по нему неистрачиваясь на пріобрѣтеніе собственного паспорта; оба эти случаи, выказывая въ дѣятелѣ неразборчивость средствъ обогащенія, тѣмъ не менѣе однако не представляютъ собою противузаконнаго нарушенія чужаго имущества и потому не могутъ быть поставлены въ ряду имущественныхъ преступленій¹⁾.

Между тѣмъ въ германскихъ законодательствахъ мошенничество нерѣдко опредѣлялось какъ нарушеніе чужаго права или пріобрѣтеніе выгоды обманомъ, причемъ иногда выгода точнѣе опредѣлялась признаками противозаконной, недозволенной и т. д.; но такъ какъ законодатель не останавливался на условіяхъ противозаконности и недозволенности, то для признанія ихъ практика б. ч. довольствовалась тѣмъ, чтобъ выгода была пріобрѣтена путемъ обмана. Эта редакція, коренящаяся въ прусскомъ Landrecht'ѣ, довольствовавшимся для признанія за обманомъ характера имущественнаго нарушенія корыстнымъ намѣреніемъ, встрѣтила рѣзкаго критика еще въ лицѣ покойнаго Миттермайера, сущность замѣчаній котораго состоитъ въ томъ, что государственное правосудіе не можетъ вмѣшиваться въ частную дѣятельность при отсутствіи нарушенія ею опредѣленныхъ правоотношеній²⁾. Тѣмъ не менѣе, однако, Уложенія Альтенбурга (art. 245), Гессена (art. 391), Вюртемберга (art. 351), Брауншвейга (§ 224) и даже Любека, обыкновенно безъ измѣненій переписывающаго прусское Уложеніе

¹⁾ Для нихъ въ теперешнихъ германскихъ законодательствахъ, по примѣру общаго прусскаго земскаго права, установлена рубрика «*strafbar. Eigennutz*», объемъ которой, однако, сокращается болѣе и болѣе.

²⁾ Mittermaier, в. ст. въ Demme's Annalen 1838, стр. 6 и слѣд.

(§ 206), слѣдуютъ старой редакціи, ставя предметомъ мошенничества или нарушеніе права, или полученіе выгоды ¹⁾. Законодательства другихъ странъ, напротивъ, если не требуютъ обоихъ этихъ признаковъ совокупно, то во всякомъ случаѣ признаютъ необходимымъ условіемъ мошенничества нарушеніе чужаго имущественнаго права.

Существованіе того же взгляда въ русскомъ законодательствѣ признано уже юридической литературой ²⁾ и к. р. V, 298 по дѣлу Тимофѣевой: «Понятіе о противозаконномъ пріобрѣтеніи права на имущество несравненно тѣснѣе понятія о доставленіи себѣ какой либо противозаконной выгоды», справедливо говоритъ сенатъ, отказываясь признавать послѣднее предметомъ имущественныхъ преступленій безъ особаго о томъ указанія закона (напр. въ ст. 1657 Улож.)

§ 6. Вторженіе въ чужую имущественную сферу можетъ имѣть двоякій характеръ: или это будетъ нарушеніе имущественнаго права, если законъ гарантируетъ для потерпѣвшаго при данныхъ условіяхъ обладаніе опредѣленнымъ имуществомъ въ тѣхъ размѣрахъ, въ которыхъ оно подвергается нарушенію; или, при отсутствіи такой гарантіи, оно представляется лишь нарушеніемъ чужаго имущественнаго интереса. Но необходимо ли для понятія мошенничества нарушеніе имущественнаго права, или достаточно имущественный интересъ?

Уголовное правосудіе, какъ часть правосудія вообще, имѣетъ общія съ нимъ задачи — охраненіе того, на что законъ, право распространяетъ свою гарантію. Элементовъ безразличныхъ или даже не согласныхъ съ правомъ оно не охраняетъ. Справедливое вообще, это правило должно имѣть мѣсто и въ имущественныхъ отношеніяхъ, а такъ какъ условіе и объемъ ихъ опредѣляется гражданскими законами, то постановленіе послѣднихъ обязательны и для судовъ уголовныхъ; поэтому пока данное дѣйствіе не имѣетъ общихъ условій имущественнаго правонарушенія, до тѣхъ поръ оно не можетъ быть включено и въ группу имущественныхъ преступленій. Разница уголовного правосудія сравнительно съ гражданскимъ въ сферѣ имущественныхъ нарушеній

¹⁾ John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bunde, 1868, стр. 551, 558 и слѣд.

²⁾ Неклюдовъ, руководство II, 686. Лохвицкій, курсъ. 647: «Обманъ самъ по себѣ не составляетъ мошенничества; только тогда, когда цѣль его была присвоеніе чужаго движимаго имущества, является мошенничество».

состоить не въ объемѣ охраняемыхъ отношеній ¹⁾, а въ томъ, что первое охраняетъ своими мѣрами такія правоотношенія только подъ условіемъ, чтобъ онѣ нарушались дѣйствіемъ лица, вреднымъ для общественнаго правосостоянія и удовлетворяющимъ другимъ признакамъ преступленія. Отсюда, тѣ отношенія, противъ которыхъ направлено преступленіе — предметъ его — не могутъ быть иными кромѣ отношеній юридическихъ, стоящихъ подъ охраною права.

Въ виду сказаннаго не можетъ подлежать ни малѣйшему сомнѣнію, что предметъ мошенничества есть имущественное право, а не имущественный интересъ, лишенный юридической охраны. У насъ въ модѣ не обращать вниманія на начала гражданского права при анализѣ уголовноюридическихъ вопросовъ, имѣющихъ съ ними самую тѣсную связь; эти начала свысоба называютъ «тонкостями», упуская изъ виду, что гражданскія и уголовныя постановленія писаны однимъ и тѣмъ же законодателемъ и могутъ имѣть своею задачею только охраненіе однихъ и тѣхъ же отношеній. Вѣдь нельзя допустить, въ самомъ дѣлѣ, что по мысли закона одно и то же явленіе вызываетъ и не вызываетъ государственную охрану въ виду только того, къ которому изъ отдѣленій суда обратился потерпѣвшій, нельзя думать что неправо по закону въ глазахъ одного суда является правымъ въ глазахъ другаго. Такое игнорированіе началъ гражданского права въ высшей степени вредно отзывается на прочности уголовноюридической дѣятельности государства; теряя подъ ногами почву права и правоотношеній, она можетъ ухватиться только за соображенія нравственности или безнравственности дѣйствія, которыя въ изолированномъ видѣ къ добру не приведутъ ²⁾.

Необходимость правоваго элемента въ предметѣ мошенничества указывается и нашимъ законодательствомъ; оно говоритъ о мошенничествѣ въ раздѣлѣ преступленій противъ *собственности* частныхъ лицъ — а это терминъ, выражающій юридическое господство надъ вещью; оно требуетъ, чтобъ имущество было чужое, т. е. непринадлежащее виновному, такое, на которое онъ не имѣетъ права, и въ противномъ случаѣ, согласно взгляду кас.

¹⁾ Хотя и этотъ признакъ получаетъ иногда практическое значеніе; напр. пользованіе чужою вещью обыкновенно не вызываетъ карательныхъ послѣдствій.

²⁾ Я имѣлъ въ виду главнымъ образомъ г. Лохвицкаго, Курсъ, 627, — но отъ этого упрека также далеко не свободенъ и г. Неклюдовъ.

сената—можетъ быть рѣчь развѣ о самоуправствѣ. Поэтому похищеніе своей вещи, заложенной или отданной на сохраненіе, не составляетъ ни кражи, ни мошенничества.

Но не слѣдуетъ также упускать изъ виду, что въ области уголовнаго правосудія вопросъ о наличности права ставится иначе, чѣмъ въ области правосудія гражданскаго. Въ послѣднемъ со стороны истца требуется, чтобъ онъ доказалъ свое право на то или другое имущество, подвергшееся нарушенію; въ первомъ отсутствіе на сторонѣ отвѣтчика (подсудимаго) права на опредѣленное имущество, то доказанное обстоятельство, что данная вещь есть для него вещь чужая, констатируетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и наличность права на противоположной сторонѣ, хотя бы явившійся въ процессѣ физическій представитель его не успѣлъ доказать именно своего права на вещь, бывшую предметомъ преступленія. Этимъ объясняется, почему въ дѣлахъ объ имущественныхъ преступленіяхъ, напр. о кражѣ, возможно осужденіе подсудимаго рядомъ съ отказомъ гражданскому истцу въ его искѣ, хотя бы слѣд. право иска не принадлежало тому лицу, которое обратилось съ нимъ къ суду уголовному.

Поэтому если А. выманилъ имущество у Б., пріобрѣвшаго его кражей, то хотя Б. подлежитъ наказанію за кражу, но и А. виновенъ въ мошенничествѣ, такъ какъ выманенная имъ вещь для него есть вещь чужая и на нее онъ не имѣетъ права. Его дѣйствіе нельзя назвать справедливымъ, законнымъ, слѣд. остается признать несправедливымъ, противозаконнымъ, такъ какъ середины между тѣмъ и другимъ быть не можетъ.

Только несознаніемъ этого различія въ постановкѣ вопроса о правѣ можно объяснить недоразумѣнія, встрѣчаемыя кодексами въ редакціи предмета мошенничества. Законодатель обыкновенно опасается, чтобы судья не перенесъ на уголовный искъ начала иска гражданскаго и не потребовалъ бы отъ обвинителя точныхъ доказательствъ его права на вещь, ставшую предметомъ преступленія, если даже несомнѣнно и вполне доказано, что для подсудимаго эта вещь была чужая. Вотъ почему онъ—нерѣдко высказывая самъ этотъ мотивъ¹⁾—избѣгаетъ опредѣлять предметъ мошенничества какъ чужое имущественное право, предпочитая этой редакціи болѣе широкую—«чужое имущество». Послѣдняя такимъ

¹⁾ Goltdammer, die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die preussischen Staaten, 1852, II стр. 541.

образомъ вовсе не имѣетъ того смысла, будто бы предметомъ наказуемаго обмана можетъ быть имущественный интересъ, не стоящій подъ юридической охраной.

Предлагаемое мнѣніе раздѣляется и уголовнымъ кассацион. департаментомъ, который не разъ признавалъ, что взятіе обманомъ чужаго имущества у лица, не имѣющаго на него права иска, есть мошенничество. Такъ въ к. р. IV, 380 признано, что предметомъ мошенничества можетъ быть и находка; сборы на мнимо погорѣвшихъ (к. р. IV, 117) и прошеніе милостыни при извѣстныхъ условіяхъ (к. р. IV, 67) также отнесены къ мошенничеству, не смотря на прямое опредѣленіе нашего законодательства (ст. 50 Уст. о нак.), по которому лица, дававшія милостыню, лишены права искать ее обратно и всѣ подаянія поступаютъ въ пользу мѣстныхъ благотворительныхъ учрежденій¹⁾.

§ 7. Выставленнымъ началомъ ясно и просто разрѣшаются случаи, въ которыхъ лице вслѣдствіе обмана теряетъ имущество, предназначенное служить эквивалентомъ за совершенное будто бы противозаконное дѣйствіе. Приведу примѣры.

Андрей и Петръ уговорились между собою, что послѣдній доставитъ первому контрабандные товары за опредѣленное вознагражденіе; Петръ получаетъ его, ложно сообщивъ Андрею, что товаръ уже доставленъ. Очевидно, Андрей не имѣетъ къ Петру гражданскаго иска, такъ какъ послѣдній можетъ предъявить ему *condictio ex injusta causa* (ст. 1529, 1530 т. X ч. I зак. гражд.); однако, до момента выдачи имущества Андрей имѣлъ на него право, такъ что Петръ выманилъ обманомъ чужое имущество и потому долженъ быть наказанъ по 1665 ст. Улож. о нак.

Петръ, ложно сообщивъ Андрею, что онъ уже совершилъ убійство, къ которому послѣдній подкупилъ его, выманиваетъ такимъ обманомъ плату за совершеніе этого преступленія. Отвѣтъ тотъ же, какъ и въ первомъ случаѣ²⁾.

Но во всякомъ случаѣ, хотя для понятія мошенничества не требуется наличность въ процессѣ опредѣленнаго лица, имѣющаго право иска за выманенное имущество, оно необходимо предпола-

¹⁾ Тотъ же взглядъ сенатъ проводилъ и въ другихъ имущественныхъ преступленіяхъ. Такъ присвоеніе вещи, найденной другимъ и отданной виновному на сохраненіе, онъ призналъ утайкою, а не присвоеніемъ находки. К. р. III, 658.

²⁾ Того же мнѣнія Temme, *die Lehre v. d. strafbar. Betrüge nach preussischem Rechte*, стр. 82; но онъ вдается въ излишнюю казуистику, смѣшиваетъ обманъ съ лживыми обѣщаніями и впадаетъ въ противорѣчія съ самимъ собою; ср. напр. стр. 36, 83 и 99.

гаеть наличность и доказанность опредѣленнаго имущественнаго права, нарушеннаго виновнаго. Если поэтому вслѣдствіе какихъ либо юридическихъ или фактическихъ основаній предметъ мошенничества лишается значенія имущества, охраняемаго закономъ, то о преступномъ нарушеніи его не можетъ быть рѣчи. Въ виду этого мы полагаемъ, что угол. кассац. департаментъ заходитъ уже слишкомъ далеко въ рѣшеніи по дѣлу Романова (VI, 10). Несовершеннолѣтній крестьянинъ Василій Романовъ выдалъ на себя долговую росписку; спустя нѣсколько времени онъ, подъ видомъ уплаты долга, выманилъ эту росписку у кредитора и разорвалъ ее; сенатъ увидѣлъ здѣсь обманъ въ расчетѣ платежа и призналъ правильнымъ примѣненіе къ такому поступку ст. 173 Уст. о наказаніяхъ. Но онъ упустилъ изъ виду слѣдующія обстоятельства: а) предметомъ мошенничества по закону можетъ быть только чужое имущество; б) росписка выдана Романовымъ въ періодъ несовершеннолѣтія, слѣд. для него она не была обязательна; в) а въ виду этого и для кредитора выданная Романовымъ росписка не устанавливала никакого имущественнаго права, такъ какъ юридическое значеніе ея обусловливается признаніемъ ее Романовымъ по достиженіи совершеннолѣтія; уничтоженіе же имъ росписки отнюдь не мѣшало впослѣдствіи, при достиженіи совершеннолѣтія, признать этотъ долгъ. — На томъ же основаніи выманиваніе обманомъ долговой росписки, по которой уже истекъ давностный срокъ, или данной лицомъ неспособнымъ, ограниченнымъ въ правѣ выдачи долговыхъ обязательствъ, а также данной въ уплату за забранныя въ долгъ питья и т. под. не можетъ быть признано мошенничествомъ, такъ какъ подобныя росписки по закону не составляютъ удостовѣренія имущественнаго права. Тоже правило имѣетъ мѣсто относительно случаевъ, въ которыхъ имущественное отношеніе, бывшее предметомъ нарушенія, до него потеряло характеръ права вслѣдствіе какихъ либо физическихъ причинъ, напр. пожара и пр.

Съ другой стороны, при юридическомъ анализѣ случаевъ, въ которыхъ потерпѣвшій не имѣетъ къ нарушителю его имущественной сферы гражданскаго иска, должно обращать строгое вниманіе на способъ дѣйствія виновнаго и признавать мошенничество развѣ только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нарушеніе произведено обманомъ. Ниже мы увидимъ, что обманъ и лживыя обѣщанія, исполненіе которыхъ принято на себя одною стороною съ намѣ-

реніемъ, однако, не исполнить ихъ, двѣ вещи совершенно различныя. Поэтому: Андрей за провозъ товаровъ контрабандой даетъ задатокъ Петру, который, обѣщая доставить ихъ Андрею, не имѣетъ, однако, намѣренія исполнить свое обѣщаніе. Здѣсь нѣтъ обмана какъ средства полученія чужаго имущества, неисполненіе же обязательства можетъ вызвать лишь гражданскій искъ; а такъ какъ основа его противозаконна и государство не обязано ставить невыгодныя послѣдствія для лица, отказавшагося отъ совершенія противозаконнаго дѣйствія, то искъ Андрея къ Петру останется безъ всякихъ послѣдствій.

§ 8. Представляя собою нарушеніе имущественныхъ правъ, дѣйствіе мошенничества можетъ, однако, выбирать средствомъ для достиженія этой цѣли и другія нарушенія — правъ брачныхъ, семейственныхъ, состояній и т. под. Если законъ не соединяетъ эти нарушенія съ имущественнымъ въ одно преступленіе, т. е. не включаетъ въ составъ ихъ корыстный умыселъ и другіе признаки, характеризующіе мошенничество, то къ такимъ случаямъ должны быть примѣняемы постановленія о совокупности преступленій; въ противномъ случаѣ отдѣльная наказуемость за мошенничество не имѣетъ мѣста, напр. поджогъ застрахованнаго.

II. Виды имущества, могущіе быть предметомъ мошенничества.

§ 9. Въ гражданскихъ законахъ встрѣчаются многоразличныя дѣленія имущества, изъ которыхъ для нашего вопроса важны слѣдующія: а) дѣленіе ихъ на имущества движимыя и недвижимыя; б) дѣленіе движимаго имущества на наличное и долговое; в) на имущество матеріальное и отвлеченное; г) — казенное и частное. Затѣмъ по пространству или объему правъ на имущества законы различаютъ собственность, владѣніе, пользованіе и права въ чужой вещи. Разсмотримъ въ отдѣльности, на сколько каждый изъ указанныхъ видовъ можетъ быть предметомъ мошенничества.

Относительно имущества движимаго не можетъ представиться важныхъ сомнѣній, такъ какъ общее опредѣленіе ст. 1665 Улож. признаетъ мошенничествомъ похищеніе всякаго движимаго имущества. Затрудненія могутъ возникнуть только относительно вопроса, должно ли опредѣленіе движимаго имущества гражданскими законами переносить и въ уголовное право.

§ 10. Законы гражданскіе содержатъ по этому вопросу слѣдующія постановленія (т. X ч. I Св. Зак.):

Ст. 401. Движимыя имущества суть: мореходныя и рѣчныя суда всякаго рода, книги, рукописи, картины и вообще всѣ предметы, относящіяся къ наукамъ и искусствамъ, домовые уборы, экипажи, земледѣльческія орудія, всякаго рода инструменты и матеріалы, лошади, скоть, хлѣбъ сжатый и молоченый, всякіе припасы, выработанныя на заводахъ наличныя руды, металлы и минералы, и все то, что изъ земли извлечено.

Ст. 402. Наличные капиталы, заемныя письма, вексели, закладныя и обязательства всякаго рода принадлежатъ къ имуществамъ движимымъ.

Дополн. по продолженію 1863 относитъ сюда и выкупныя свидѣтельства, а также право на полученіе непрерывнаго дохода, назначаемаго вмѣсто ссуды за выкупленныя крестьянами земли.

Ст. 403. Золотосодержащіе прииски, отводимые частнымъ лицамъ на казенныхъ земляхъ для одной лишь разработки, признаются *въ отношеніи къ золотопромышленникамъ* имуществомъ движимымъ; а потому и въ переходѣ отъ одного владѣльца къ другому по наслѣдству или инымъ случаямъ подлежатъ тѣмъ же правиламъ, какія вообще для имуществъ движимыхъ установлены.

Ст. 384. Недвижимыми имуществами признаются по закону земли и всякія угодья, деревни, дома, заводы, фабрики, лавки, всякія строенія и пустыя дворовыя мѣста.

Ст. 386. Принадлежности населенныхъ земель суть: состоящія на нихъ церковныя и другія строенія, дворы, мельницы, мосты, *перевозы*, плотины и гати.

Ст. 387. Принадлежности земель какъ населенныхъ, такъ и ненаселенныхъ суть: состоящія въ нихъ рѣки, озера, пруды, болота, дороги, источники и другія мѣста симъ подобныя, всѣ произведенія, на поверхности земли обрѣтающіяся, и всѣ сокровенныя въ нѣдрахъ ея металлы, минералы и другія ископаемыя.

Ст. 388. Принадлежности фабрикъ и заводовъ суть: всѣ заводскія построенія, посуда и инструменты, земли, лѣса, покосы, руды, соляные рассолы, трубы и всѣ вещества ископаемыя.

Ст. 389. Принадлежности домовъ суть: части оныхъ, составляющія внутреннюю и наружную отдѣлку, и тѣ украшенія, которыя невозможно отдѣлить отъ зданія безъ поврежденія, какъ-то: мраморныя, краснаго дерева и другаго рода полы, мраморныя, мѣдныя или чугуныя камины, дорогіе обои, зеркала въ стѣнахъ и т. под.

Ст. 390. Въ числѣ принадлежностей на недвижимыя имущества полагаются и укрѣпленія на владѣніе ими, какъ-то: владѣнные указы, грамоты, крѣпости, межевыя книги, планы и другіе документы.

Ст. 391. Къ принадлежностямъ заповѣдныхъ наслѣдственныхъ имѣній относятся: фамилыныя бумаги, драгоценности или произведенія искусствъ, собранія рѣдкостей, книгъ и тому подобныя, именно въ актѣ учрежденія таковыхъ имѣній означенныя.

Ст. 392. Дополн. 1868 года. Неотъемлемою частью недвижимаго имущества, заложеннаго въ обществѣ взаимнаго поземельнаго кредита, считается квитанція, выданная въ удостовѣреніе уплаты заемщикомъ слѣдующей съ него суммы въ складочный капиталъ. Квитанціи эти не могутъ быть уступаемы отдѣльно отъ заложеннаго имущества.

Отсюда слѣдуетъ:

а) Характеръ недвижимаго имущество въ законахъ гражданскихъ получаетъ или по существу своему, или по назначенію.

б) По существу недвижимымъ признается только почва и имущество, непосредственно связанное съ почвою, пока оно слѣдуетъ ей участи; потому-то оно также рассматривается и какъ принадлежность земли ¹⁾. Движимымъ, напротивъ, имущество становится, когда оно существуетъ отдѣльно отъ земли—не въ землѣ и не прикрѣплено къ землѣ неподвижнымъ образомъ, или прикрѣпленное къ землѣ отдѣлено отъ нея съ момента этого отдѣленія. Отсюда гражданское законодательство дѣлаетъ одно исключеніе относительно золотосодержащихъ розсыпей (ст. 403), причисляя ихъ къ имуществамъ движимымъ; но причисленіе это по закону имѣетъ силу только «въ отношеніи къ золотопромышленникамъ», т. е. въ гражданскихъ дѣлахъ о законномъ переходѣ этого имущества изъ рукъ въ руки для облегченія его ²⁾. Дальнѣйшія затѣмъ опредѣленія т. X ч. I имѣютъ общій характеръ, и потому нѣтъ никакого основанія не распространять ихъ и на дѣла, рассматриваемыя судами уголовными. Въ нашей литературѣ обыкновенно высказывается противоположное мнѣніе, что объясняется смѣшеніемъ вещи недвижимой по существу съ принадлежностями ея. Такъ Неклюдовъ, Руководство II, 640, говоритъ: «Понятіе движимой вещи въ правѣ уголовномъ не совпадаетъ съ понятіемъ движимой вещи по законамъ гражданскимъ. Въ уголовномъ правѣ движимою вещью называется все то, что можетъ быть отдѣлено отъ почвы и увезено, унесено или сплавлено. На этомъ основаніи предметомъ кражи могутъ быть не только отдѣльныя части недвижимыхъ имуществъ, но и самыя недвижимыя имущества въ цѣломъ ихъ составѣ, коль скоро вору удастся перенести ихъ въ другое мѣсто; такова, напр., кража вѣтряныхъ мельницъ, мостовъ и т. под.» Но 1) уважаемый авторъ не приводитъ никакихъ основаній, почему онъ допускаетъ дробленіе законодательныхъ началъ и даже противорѣчіе ихъ въ однихъ и тѣхъ же вопросахъ; 2) основная форма недвижимости по нашему праву есть почва и тѣ источники доходности, которые лежатъ въ ней самой, напр. угодья, а ихъ перенести и отдѣлить отъ почвы невозможно, можно только рассматривать особнякомъ результаты этой доходности, какова арендная плата. Затѣмъ возведенныя на

¹⁾ О попыткѣ объявить недвижимымъ имуществомъ одинъ изъ видовъ денежныхъ капиталовъ, которая, впрочемъ, имѣла самое недолговѣчное существованіе, см. у Неволіна, Ист. рос. гр. закон. въ полн. собр. сочин. т. IV, стр. 16 пр. 50 и 51.

²⁾ См. указъ 1841 окт. 22 въ 2 П. С. З. № 14950.

почвъ строенія по точному смыслу законовъ *гражданскихъ* составляютъ недвижимое имущество лишь до тѣхъ поръ, пока онѣ непосредственно связаны съ почвой; слѣд. въ этомъ отношеніи нѣтъ никакого различія между гражданскимъ законодательствомъ и уголовнымъ правомъ; 3) упоминаемые авторомъ мосты и мельницы, а также составныя части возведенныхъ на землѣ построекъ составляютъ принадлежности недвижимыхъ имуществъ, а не самыя недвижимыя имущества (ст. 386, 389 т. X ч. I). Принадлежности же по гражданскимъ законамъ обсуживаются по началамъ о недвижимомъ имуществѣ лишь въ томъ случаѣ, когда онѣ слѣдуютъ судьбѣ главнаго имущества ¹⁾; слѣд. и въ этомъ отношеніи между законами гражданскими и уголовнымъ правомъ нѣтъ различія, а потому послѣднее не нуждается въ расширеніи понятія движимости за предѣлы гражданскихъ узаконеній.

Точно также ограниченіе уголовнымъ судомъ круга вещей, признанныхъ въ гражданскомъ законодательствѣ имуществомъ движимымъ, не можетъ найти въ нашемъ правѣ никакого оправданія. Правда, иногда благодаря особенностямъ способа дѣйствія имущественныхъ преступленій нѣкоторые изъ указанныхъ видовъ движимости въ силу своего характера оказываются гарантированными отъ преступныхъ посягательствъ этими преступленіями; напр., долгъ на другое лицо, не обезпеченный роспискою, право на дѣйствія другаго лица, сводящееся къ имущественной оцѣнкѣ и т. п. не могутъ быть нарушены кражей. Но какъ скоро эта физическая невозможность отпадаетъ, то нѣтъ никакого основанія выдѣлять изъ категоріи движимыхъ имущества, отнесенныя сюда законами гражданскими. А это и должно имѣть мѣсто въ мошенничествѣ, способъ дѣйствія котораго — обманъ — дозволяетъ нарушеніе всякаго движимаго имущества въ смыслѣ гражданскихъ законовъ.

Правило это признается и угол. кас. сенатомъ во многихъ его рѣшеніяхъ; такъ въ дѣлѣ Шамшевой онъ призналъ, что предметомъ мошенничества можетъ быть право на полученіе наемной платы (IV, 322); въ дѣлахъ Головина (IV, 879) и Пайкоса (IV, 1082) онъ не отрицалъ, что обмѣръ дровъ при принятіи ихъ для обсчитыванія возчиковъ за извозъ и обвѣсъ въ мукѣ для той же цѣли можетъ составить уголовно преступное мошенничество; въ

¹⁾ Мейеръ, Русское гражданское право. Спб. 1838, стр. 110.

дѣлѣ Никитина (V, 566) онъ отнесъ къ мошенничеству выманиваніе билета ссудной кассы на заложенные вещи; точно также онъ признавалъ возможнымъ предметомъ мошенничества: деньги, долговья росписки, накладныя на товаръ, лошадь съ повозкой и упряжью, кирпичъ, находку и пр. (вк. рр. III, 423; IV, 122, 263, 380; V, 88 и др.). Тотъ же взглядъ существуетъ и въ западно-европейскихъ законодательствахъ; такъ Code pénal опредѣляетъ предметъ мошенничества слѣдующимъ образомъ: «кто побудитъ или покусится побудить другаго дать или передать себѣ фонды, движимость или обязательства, распоряженія, обѣщанія, квитанціи и платежныя росписки»; эту редакцію принимаютъ уложенія Бельгіи и Сардиніи. Прусскій и сѣверогерманскій кодексы употребляютъ самую общую редакцію — «нарушеніе чужаго имущества съ корыстнымъ намѣреніемъ». Въ обычномъ правѣ Англіи мошенничество опредѣляется какъ такое обманное дѣйствіе, которое причиняетъ или можетъ причинить общественный вредъ (affect or may affect the public); но въ статутарныхъ опредѣленіяхъ Англіи и Америки предметъ его обозначается перечисленіемъ отдѣльныхъ движимыхъ имуществъ съ прибавкою въ статутахъ послѣдняго времени «valuable security» и выманиванія подписи на долговомъ актѣ ¹⁾. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ наше законодательство дѣлаетъ исключеніе изъ общаго правила, создавая изъ обмановъ для побужденія къ дачѣ обязательствъ особое преступленіе, но выманиваніе наличныхъ уже обязательствъ обнимается понятіемъ мошенничества. Объ этомъ мы скажемъ подробнѣе во II отдѣленіи.

Понятіе движимаго имущества въ нашихъ гражданскихъ законахъ опредѣлено не въ видѣ общаго положенія, а въ формѣ указанія отдѣльныхъ видовъ его. Поэтому возможны случаи, не отнесенные закономъ ни къ недвижимымъ имуществамъ, ни къ имуществамъ движимымъ, напр., свѣтильный газъ. Здѣсь качество вещи должно опредѣлять мѣсто ея, причемъ, однако, необходимо замѣтить, что объемъ недвижимаго имущества не долженъ быть расширяемъ за предѣлы случаевъ, точно обозначенныхъ закономъ.

¹⁾ Консолидированный актъ Викторіи 6 августа 1861 объ имущественныхъ преступленіяхъ у Russel, Treatise on crimes and misdemeanors 1865, III стр. XXII и слѣд. въ Appendix of statutes. Объ американскихъ статутахъ Wharton, A treatise on the criminal law of the United States, 1868 т. II §§ 2056, + 2069 — 2080; особенности относительно Виргиніи и другихъ штатовъ см. въ I ч. гл. V §§ 91—96.

Указаніе основаній этого правила принадлежитъ гражданскому праву, такъ что мы можемъ ограничиться короткимъ замѣчаніемъ, что основная форма недвижимости есть почва и включеніе другихъ имуществъ въ недвижимыя дѣлалось всегда въ видѣ исключеній для установленія болѣе формальныхъ правилъ законнаго перехода его изъ рукъ въ руки. Въ виду сказаннаго мы не находимъ никакихъ основаній выдѣлять изъ мошенничества полученіе обманомъ права на свѣтильный газъ, на воду изъ водопроводныхъ трубъ ¹⁾ или изъ цѣлебныхъ источниковъ и колодцевъ и пр.

Наконецъ в) имущество получаетъ характеръ недвижимаго по своему назначенію. Таковы принадлежности недвижимыхъ имуществъ. Но это его значеніе продолжается только до тѣхъ поръ, пока оно разсматривается въ совокупности съ главною вещью, имуществомъ недвижимымъ по существу; взятое же отдѣльно, оно и въ смыслѣ гражданскихъ законовъ составляетъ имущество движимое, если только не связано съ почвой нераздѣльно, напр., дороги, рѣки и т. п. ²⁾ Вникая въ характеръ принадлежностей недвижимаго имущества по русскому праву, мы замѣчаемъ: а) что ими объявляются не только составныя части возведенныхъ на землѣ построекъ, но даже составныя части почвы, опредѣляющія ея цѣнность; таковы металлы, минералы и другія ископаемыя, находящіяся въ землѣ; если онѣ могутъ быть выдѣлены изъ почвы, то съ момента выдѣленія переходятъ въ общій разрядъ движимыхъ имуществъ. б) Принадлежности распадутся на принадлежности земель (первичныя), принадлежности иныхъ недвижимыхъ имуществъ (вторичныя) и общія тѣмъ и другимъ. Двѣ послѣднія группы имѣютъ наиболѣе искусственный характеръ; здѣсь понятіе принадлежности весьма нерѣдко опредѣляется исключительно соображеніями цѣлесообразности и практическаго удобства. Сюда относятся составныя части зданія, межевые акты, планы, книги и иные документы на недвижимость, инструменты фабрикъ и заводовъ, фамильныя коллекціи бумагъ, книгъ, рѣдкостей и пр. О движимомъ свойствѣ предметовъ ихъ, разсматриваемыхъ отдѣльно и независимо отъ главной вещи, не можетъ возникнуть ни малѣйшаго сомнѣнія; вотъ почему въ уголовныхъ законахъ посяга-

¹⁾ См. также архивъ прусскаго уголов. права Гольдаммера за 1870 г. стр. 406 и сл. Г. Неклюдовъ, отрицая за водою значеніе имущества по народному взгляду и потому выдѣляя ее изъ предмета кражи, видитъ, однако, во взятій воды изъ водопроводныхъ трубъ противозаконное пользованіе чужимъ имуществомъ. ²⁾ Мейеръ, Русское гражд. право, стр. 109.

тельства, направленные на подобныя принадлежности отдѣльно и независимо отъ главной вещи, рассматриваются въ ряду нарушеній чужаго движимаго имущества; напр. ст. 1657 Улож. прямо говоритъ, что предметомъ кражи могутъ быть крѣпости, межевые планы и иные акты. Нѣтъ основаній ставить въ этомъ отношеніи какія либо ограниченія для мошенничества, если только нарушенные имъ предметы имѣютъ имущественную цѣнность. Наконецъ, принадлежности первичныя составляютъ или возведенныя на землѣ строенія, или средства сообщенія, или естественныя богатства, находящіяся въ землѣ и на землѣ. Какъ, спрашивается, долженъ относиться къ нимъ уголовный судья? Разрѣшеніе этого вопроса нужно искать въ законахъ уголовныхъ и гражданскихъ. По точному смыслу послѣднихъ эти принадлежности, рассматриваемыя отдѣльно отъ главной вещи, составляютъ имущества движимыя, если только онѣ не включены въ разрядъ недвижимыхъ по существу; такъ вынутые руда и кладъ могутъ быть проданы хозяиномъ какъ имущество движимое. Изъ уголовныхъ законовъ мы видимъ также, что присвоеніе найденнаго въ чужой землѣ клада поставлено въ ряду преступленій противъ имущества движимаго¹⁾; что вылавливаніе рыбы изъ чужихъ рѣкъ и озеръ, порубки и потравы также выдѣляются закономъ изъ преступленій противъ недвижимости. Обобщая всѣ подобныя отдѣльныя указанія, мы получаемъ слѣдующее правило: съ точки зрѣнія русскаго законодательства движимыми имуществами признаются и такія составныя части или принадлежности имуществъ недвижимыхъ, которыя подъ вліяніемъ преступной дѣятельности виновнаго могутъ быть отдѣлены отъ почвы и перенесены въ другое мѣсто²⁾. Въ виду этого начала между прочимъ к. с. въ дѣлѣ Шамшевой (IV, 322) совершенно основательно призналъ право на доходъ съ недвижимости возможнымъ предметомъ преступленія противъ чужаго движимаго имущества.

§ 11. Болѣе трудностей представляетъ вопросъ: можетъ ли быть предметомъ мошенничества имущество недвижимое?

Законодательства иноземныя не видятъ никакихъ логическихъ или бытовыхъ основаній выдѣлять его изъ общаго состава мошенничества. Во французскомъ правѣ оно обнимается съ одной

¹⁾ Ст. 178 Уст. о Нак.

²⁾ Тоже мнѣніе проводитъ г. Неклюдовъ, но только въ примѣненіи къ кражѣ опираясь на понятіе тайнаго похищенія, и не подтверждаетъ его доказательствами изъ русскаго права.

стороны выраженіемъ *fonds*, съ другой — тѣмъ, что предметомъ мошенничества могутъ быть всевозможныя обязательства и распоряженія, имѣющія имущественный характеръ. Прусское и Сѣверо-германское Уложенія объявляютъ всякое имущество возможнымъ предметомъ мошенничества. Только англійскіе статуты послѣдняго времени выдѣляютъ изъ него недвижимое имущество (*Consol. act 6 Aug. 1861 §§ 88, 89 и 90*), находя себѣ послѣдователей во многихъ, но далеко не во всѣхъ американскихъ статутахъ. Въ самомъ дѣлѣ, многіе американскіе статуты распространяютъ мошенничество и на недвижимое имущество, и при томъ во всякомъ случаѣ (Массачузетъ, Огіо) или подъ тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, чтобъ виновный обманомъ выманилъ письменный актъ о передачѣ этого имущества, *valuable security* (Виргинія, а въ одномъ случаѣ съ 1851 г. и Нью-Йоркъ); въ другихъ статутахъ для мошенничества обыкновенно требуется *personal property*, но обычное право и статутъ Георга II, дѣйствующіе въ Америкѣ совмѣстно съ мѣстными статутами, обнимаютъ мошенничествомъ не только *chattel and valuable security* (движимость и знаки имущественныхъ цѣнностей), но и всякое другое имущество, *goods*.

Что же касается русскаго права, оно со всею рѣзкостью выдѣляетъ недвижимое имущество изъ понятія мошенничества; «мошенничествомъ признается похищеніе посредствомъ какого либо обмана денегъ, вещей или инаго *движимаго* имущества», говоритъ ст. 1665 Улож.; специальное постановленіе ст. 1680 Улож. создаетъ изъ обмана для пріобрѣтенія чужаго недвижимаго имущества особое преступленіе, котораго, однако, составъ въ высшей степени неопредѣленъ. «Кто, *владея или пользуясь чужимъ* недвижимымъ имѣніемъ, или только жительствова въ ономъ по довѣренности или же по какому либо письменному или словесному договору, будетъ въ актахъ или въ представляемыхъ имъ мѣстному или иному начальству или суду бумагахъ называть сіе имѣніе своимъ, въ намѣреніи оное себѣ присвоить, или же *употребитъ какой либо другой, съ сею же цѣлію, обманъ*, тотъ за сіе подвергается» — арестантскимъ ротамъ или ссылкѣ на житье въ Сибирь по 4 степ. 31 ст. Улож. Допустивъ даже, что послѣднія слова этой 1680 ст. примѣняются и къ тѣмъ лицамъ, которыя не жительствова и не владѣютъ чужимъ недвижимымъ имѣніемъ, мы тѣмъ не менѣе наталкиваемся на массу другихъ неточностей, вытекающихъ изъ текста ея. Она не

говорить, въ какомъ отношеніи долженъ стоять обманъ виновнаго къ тому явленію, непосредственнымъ результатомъ котораго является потеря права на недвижимое имущество одною стороною и пріобрѣтеніе ея другою; а это важно тѣмъ болѣе, что она даетъ поводъ предполагать, что совершеніе этого преступленія законодатель видитъ уже въ моментъ выполненія обманнаго дѣйствія, вовсе не требуя дѣйствительную потерю имущественной цѣнности. Кромѣ того нельзя не остановиться на слѣдующемъ обстоятельстве. Выдѣленіе обмановъ противъ недвижимости изъ мошенничества, очевидно, допущено для того, чтобы установить за первые болѣе строгую наказуемость; вѣрно или невѣрно, но въ посягательствахъ на недвижимость законъ видѣлъ больше преступной дерзости со стороны обманщика, чѣмъ въ посягательствахъ на имущество движимое. Съ этою цѣлью онъ и назначаетъ за нихъ строгую наказуемость независимо отъ стоимости предмета преступленія. Но всматриваясь ближе въ дѣло, мы увидимъ, что въ дѣйствительности законъ не успѣлъ достигъ этой строгости, во многихъ случаяхъ заставляя судью примѣнять здѣсь даже болѣе слабое наказаніе, чѣмъ за мошенничество; таковы случаи рецидива. Кромѣ того, совершенное виновнымъ нарушеніе ст. 1680 не окажетъ никакого вліянія на наказуемость мошенничества, совершеннаго послѣ наказанія за первое преступленіе, такъ что виновный въ нарушеніи ст. 1680 находится въ болѣе благопріятныхъ обстоятельствахъ, чѣмъ провинившійся въ мошенничествѣ, между тѣмъ какъ характеръ дѣйствія и юридическое качество намѣренія того и другаго стоятъ на одной доскѣ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не замѣтить, что нѣтъ ровно никакихъ логическихъ основаній выдѣлять преступный обманъ противъ недвижимости изъ мошенничества; тамъ и здѣсь уголовное правосудіе имѣетъ дѣло съ одинаковымъ способомъ дѣйствія, съ одинаковымъ намѣреніемъ причинить вредъ чужому имуществу для полученія надъ нимъ господства; въ обоихъ случаяхъ его охранѣ подлежитъ одно и то же—имущественное—право. Разница между движимостью и недвижимостью въ практической жизни совсѣмъ не такъ велика, какъ бы слѣдовало заключить изъ различія узаконеній по вопросамъ пріобрѣтенія ихъ и доказательства на нихъ своего права. Движимость есть средство пріобрѣтенія недвижимаго, имущество болѣе удобное для оборота и потому болѣе предпочитаемое при сильной степени экономическаго развитія, чѣмъ

недвижимость; съ другой стороны послѣдняя значительно обезпечена отъ нарушеній обязательными мѣрами гражданской корпорациі, между тѣмъ какъ движимое имущество болѣе открыто для нарушеній и потому уголовное правосудіе должно восполнить то, чего не могли доставить гражданскіе законы. Нерѣдко замѣчаютъ, что недвижимое имущество имѣетъ болѣе важное значеніе для государства, чѣмъ имущество движимое. Противъ этого можно бы было возразить простымъ указаніемъ на современный имущественный оборотъ, далеко оставившій за собою государство земледѣльческое въ тѣсномъ смыслѣ; теперь земледѣлецъ не можетъ, какъ прежде, обходиться собственными средствами, получаемыми дома, у себя, и долженъ дѣлать значительныя денежныя затраты на сторонѣ. Но положимъ, что этотъ мотивъ вѣренъ въ томъ именно смыслѣ, что самый надежный источникъ государственныхъ доходовъ есть недвижимое имущество; легко видѣть, однако, что при переходѣ его изъ рукъ въ руки, хотя бы вслѣдствіе преступленія, государство ровно ничего не теряетъ, такъ какъ пріобрѣтатель станетъ къ нему въ отношенія прежняго владѣльца.

Однако, выдѣленіе нашимъ законодательствомъ обмановъ противъ недвижимаго имущества изъ мошенничества относится только къ тѣмъ обманамъ, которые рассчитаны на пріобрѣтеніе полнаго господства надъ недвижимымъ имуществомъ, на «присвоеніе» его виновнымъ. Но мы уже видѣли, что источники доходности недвижимаго имущества входятъ въ него какъ принадлежности и что какъ скоро право на подобную принадлежность можетъ быть нарушено безъ нарушенія права собственности на недвижимое имущество, то по точному смыслу русскаго законодательства можетъ быть рѣчь о преступленіи противъ движимости; между тѣмъ здѣсь нарушается одна изъ составныхъ частей права на недвижимое имущество — право пользованія или владѣнія имъ. Поэтому:

А. посредствомъ обмана побудилъ Б. дозволить ему собирать установленный въ законномъ порядкѣ сборъ за перевозъ черезъ рѣку, находящуюся въ имѣніи Б., который составляетъ принадлежность этого имѣнія;

А. также посредствомъ обмана побудилъ Б. отдать ему въ аренду безъ денегъ или за мнимый, обманный эквивалентъ угодыя

его имѣнія, или выманилъ у него право проѣзда черезъ его лѣсъ имѣющее имущественную цѣнность, и т. д.,—

то въ этихъ случаяхъ будутъ всѣ условія имущественнаго преступленія, въ данныхъ примѣрахъ—мошенничество. Взглядъ этотъ признанъ и практикою кассац. сената, который отнесъ къ мошенничеству выманиваніе наемнаго договора съ намѣреніемъ лишить собственника земли права требовать за нее арендную плату (IV, 322).

§ 12. Такъ какъ по закону мошенничество опредѣляется какъ преступленіе противъ движимаго имущества безъ выдѣленія отсюда какихъ бы то ни было видовъ его, а по законамъ гражданскимъ движимое имущество бываетъ наличное и долговое, то мы должны признать, что предметомъ мошенничества можетъ быть то и другое.

Опредѣленія законовъ гражданскихъ по этому вопросу суть:

Т. X ч. I ст. 416. Наличное имущество владѣльца составляютъ: деревни, земли, дома, капиталы, вещи и все то, что владѣльцу укрѣплено, передано или имъ самимъ произведено и за нимъ состоитъ, хотя бы состояло притомъ и въ спорѣ, доколѣ споръ окончательно не разрѣшенъ.

Ст. 417. Къ составу имуществъ наличныхъ причисляются и тяжбы по онимъ, въ судебныхъ мѣстахъ производимыя.

Ст. 418. Имущества долговья суть всѣ имущества, въ долгахъ на другихъ лицахъ состоящія, и все то, что намъ принадлежитъ по договорамъ, заемнымъ письмамъ, векселямъ и всякаго рода обязательствамъ.

Ст. 419. Къ составу долговыхъ имуществъ принадлежатъ и иски наши на другихъ по симъ имуществамъ.

Мы уже имѣли случай замѣтить, что постановленія гражданскихъ законовъ, нормирующія имущественныя отношенія, должны быть обязательны и для судовъ уголовныхъ. Къ разряду ихъ принадлежатъ тѣ узаконенія, которыми опредѣляется движимый характеръ имущества въ юридическомъ смыслѣ. Поэтому мошенничество какъ преступленіе противъ движимаго имущества несомнѣнно обнимаетъ такіе случаи: выманиваніе обманомъ какого либо обязательства, имѣющаго характеръ имущества; подкладываніе обманомъ для подписи инаго документа, чѣмъ тотъ, который желала подписать сторона обманутая ¹⁾; побужденіе обманомъ къ прекращенію тяжбы или иска подачею въ судъ о томъ бумаги; выманиваніе обманомъ чужихъ обязательствъ, заемныхъ писемъ или векселей посредствомъ передаточной надписи; выма-

¹⁾ Въ этомъ дѣйствиіи наше законодательство видитъ подлогъ только въ одномъ случаѣ—когда документъ для подписи подложенъ слѣпому. Ст. 1693 улож. о наказ.

иваніе обязательства, имѣющаго имущественную цѣнность и выданнаго самимъ виновнымъ, хотя бы это обязательство имѣло своимъ предметомъ право на личный трудъ и т. д.

Правда, упоминаемые здѣсь «договоры и обязательства» представляютъ собою лишь знаки имущественныхъ цѣнностей, но они, какъ и бумажныя деньги, имѣютъ по закону имущественную цѣнность. Въ частности противъ включенія въ предметъ мошенничества тяжбъ и исковъ на другихъ можно возразить, что искъ не составляетъ еще имущества въ смыслѣ блага, могущаго служить къ удовлетворенію различныхъ потребностей и что, признавая его предметомъ преступленія, мы запутаемся при опредѣленіи цѣнности его. Но первое возраженіе опровергается прямымъ указаніемъ закона, который относитъ иски и тяжбы къ имуществамъ; второе же, не подрывая выставленнаго взгляда, направлено лишь къ указанію практическихъ затрудненій, вызываемыхъ тѣмъ, что законодатель степенитъ наказуемость по стоимости предмета нарушенія.

Долговое имущество обыкновенно обезпечивается какими либо знаками — документами; это, впрочемъ, не составляетъ его необходимое условіе, такъ какъ по ст. 419 т. X ч. I зак. гражд. иски признаются долговымъ, а по ст. 417 тяжбы наличнымъ имуществомъ совершенно независимо отъ того, представилъ ли истецъ суду въ доказательство своего иска или тяжбы какой либо документъ или не представилъ; а если обращеніе въ судъ по какому либо основанію признано имуществомъ, то, конечно, только потому, что законъ придавалъ имущественное значеніе тому основанію, въ силу котораго сторона обратилась къ суду — спорному праву его относительно другаго.

Наша судебная практика вполне соглашается съ проводимымъ мною взглядомъ, признавая, что предметомъ мошенничества можетъ быть и имущество долговое, и притомъ какъ обезпеченное письменными документами, такъ и не обезпеченное ими. Приведу примѣры.

К. р. IV, 879. Крестьянинъ Вавиль Головинъ подрядилъ 14 крестьянъ деревни Ванозера, по письменному условію, доставить 270 саж. дровъ на берегъ рѣки Сорки. Впослѣдствіи къ этому условію присоединились еще 24 крестьянина, а 3 апрѣля 1869 г. крестьянинъ Антиповъ за себя и по довѣренности другихъ принесъ мировому судѣ жалобу на Головина, что онъ замѣрилъ

дрова, и просилъ, обмѣривъ ихъ, что окажется замѣреннымъ неправильно, имъ возвратить и дать имъ расчетъ (по наемному договору), а съ Головинымъ поступить по уголовнымъ законамъ. Мировыя учрежденія признали здѣсь обманъ въ расчетѣ платежа и примѣнили ст. 173 и 5 п. 174 уст. о наказ.; кас. сенатъ, отмѣнивъ ихъ рѣшеніе вслѣдствіе процессуальныхъ соображеній, не отрицалъ однако, что дѣйствіе Головина представляетъ наличность условій мошенничества. Между тѣмъ предметомъ преступленія здѣсь является право крестьянъ требовать платежъ денегъ за личный трудъ, т. е. имущество долговое.

К. р. IV, 1082 по дѣлу Пайкоса—обстоятельства дѣла вполне напоминаютъ первый случай, съ тѣмъ лишь различіемъ, что у возчиковъ не было письменнаго условія и обвиняемый покушался обсчитать ихъ не обмѣромъ, а обвѣсомъ.

К. р. V, 352. Мѣщанинъ Типикинъ признанъ виновнымъ въ томъ, что выманилъ посредствомъ обмана у крестьянъ Митрофанова, Фирсанова и Яковлева росписку о полученіи платежа за проданный имъ дубъ, съ тѣмъ, чтобы лишить ихъ этого дуба. Мировыя учрежденія примѣнили къ дѣйствию Типикина ст. 173 и 174 пп. 2 и 3 уст. о наказ., съ чѣмъ согласился и кас. сенатъ, между тѣмъ здѣсь предметомъ преступленія было право потерпѣвшихъ требовать отъ Типикина дубъ, т. е. долговое имущество.

К. р. V, 519. Любовицкій, губ. секретарь, присяжными заседателями признанъ виновнымъ въ томъ, что, желая воспользоваться тремя рублями, слѣдовавшими солдатской женѣ Марѣ Морозовой за службу у него, согласился, по просьбѣ Морозовой, написать мужу ея письмо и отправить его вмѣстѣ съ означенными тремя рублями въ г. Любаву, но, не отославъ этихъ денегъ, ложно увѣрилъ ее въ противномъ и такимъ образомъ присвоилъ принадлежащія Морозовой деньги, а для того, чтобы увѣрить Марѣ Морозову въ дѣйствительности отсылки мужу ея 3 р., передалъ Морозовой чужую переправленную почтовую росписку. Судъ примѣнилъ къ его дѣйствию 1665 и 1666 ст. Улож. и 3 п. 175 уст. о наказ., т. е. призналъ его виновнымъ въ мошенничествѣ съ особыми приготовленіями. Эту квалификацію утвердилъ кас. сенатъ, хотя опять таки и здѣсь предметомъ нарушенія было имущество долговое, не обеспеченное формальнымъ документомъ—право Морозовой требовать съ Любовицкаго уплату денегъ за личный трудъ.

Примѣровъ этого рода въ нашей практикѣ очень много и, повторяю, они безспорно относятся къ мошенничеству, что подтверждается и точнымъ смысломъ ст. 173 уст. о наказ., причисляющей сюда обманы въ расчетѣ платежа, т. е. посягательства на чужое долговое имущество. Но иногда они переходятъ въ банкротство и злостную несостоятельность; о границахъ ихъ съ мошенничествомъ мы скажемъ ниже.

§ 13. Къ имуществу отвлеченному относятся: право литературной и художественной собственности; привилегіи на изобрѣтенія земледѣльческія, фабричныя и мануфактурныя; право фирмы.

а) Преступленія противъ литературной и художественной собственности выдѣлены нашимъ законодательствомъ изъ иныхъ преступленій противъ чужаго движимаго имущества, благодаря особенностямъ способа дѣйствія, вытекающимъ изъ свойства предмета нарушенія. Но какъ быть, если нарушение такого имущества становится возможнымъ при помощи одного изъ способовъ дѣйствія общихъ имущественныхъ преступленій, не предусмотрѣннаго въ ряду спеціальныхъ постановленій о нарушеніяхъ этого рода? Приведу примѣръ.

А. посредствомъ ложныхъ увѣреній, устанавливающихъ составъ мошенничества, побуждаетъ Б.—автора сочиненія или художественнаго произведенія—уступить ему право собственности на это произведеніе или дать ему въ немъ пай.

Расчлениая это дѣйствіе А. на его составныя части, мы видимъ въ немъ выманиваніе чужаго движимаго имущества (такъ какъ отвлеченная собственность не есть имущество недвижимое), притомъ выманиваніе его преступнымъ способомъ дѣйствія, характеризующимъ мошенничество и не обнимаемымъ тѣми узаконеніями, которыя постановлены спеціально для преступленій противъ отвлеченной собственности. Не составляя такимъ образомъ особаго преступленія и удовлетворяя условіямъ общаго, дѣйствіе А. должно быть признано мошенничествомъ. Эта мысль подтверждается и точнымъ смысломъ ст. 1684 Улож. о наказ.; согласно ей о контрафакціи какъ особомъ имущественномъ преступленіи можетъ быть рѣчь только въ такомъ случаѣ, когда со стороны виновнаго не было употреблено «никакого подлога или инаго обмана»; слѣд. при наличности ихъ дѣйствіе рассматривается какъ такое преступленіе, въ составъ которыхъ входитъ или подлогъ или обманъ.

Приведенный случай, ясно, есть лишь одинъ изъ конкретныхъ

примѣровъ и выставленное начало далеко не исчерпывается имъ. Оно имѣетъ мѣсто при всякомъ выманиваніи обманомъ у хозяина отвлеченной собственности его правъ вполнѣ или отчасти; но спеціальнымъ постановленіемъ законъ не признаетъ здѣсь обмана въ дѣйствіи лица, продающаго право отвлеченной собственности нѣсколькимъ порознь: тутъ примѣняется наказаніе ст. 1684; съ другой стороны, если выманиваніе обманомъ чужой отвлеченной собственности, какъ имущественной цѣнности сопровождается похищеніемъ авторства, то здѣсь назначается наказаніе по совокупности преступленій (литературная кража—ст. 1683, и мошенничество).

б) Относительно нарушенія обманомъ привилегій на изобрѣтенія должно дать противоположный отвѣтъ, такъ какъ ст. 1353 Улож. создаетъ изъ него особое преступленіе, не обращая при этомъ никакого вниманія на способъ дѣйствія виновнаго.

в) Наконецъ, право фирмы по дѣйствующему законодательству состоитъ въ неприкосновенности знаковъ торговаго дома или какого либо производительнаго учрежденія, прикладываемыхъ съ дозволенія правительства къ выдѣланнымъ или продаваемымъ ими предметамъ. Нарушеніе его можетъ быть произведено различными способами дѣйствія. Изъ нихъ поддѣлка такихъ знаковъ и употребленіе поддѣланныхъ для прикладыванія къ выпускаемымъ въ продажу предметамъ составляетъ самостоятельное преступленіе, предусмотрѣнное ст. 1354 Улож.; она, впрочемъ, по буквальному смыслу охраняетъ только фирмы русскихъ фабрикантовъ, заводчиковъ и торговцевъ, но 2 (14) іюня 1857 года, трактатомъ о торговлѣ и мореплаваніи, сила ея распространена и на охраненіе французскихъ фирмъ отъ нарушеній въ предѣлахъ Россіи. Дополняющая этотъ трактатъ декларация 6 (18) мая 1870 нашла нужнымъ запретить не только тѣ поддѣлки знаковъ французскихъ фирмъ, которыя совершаются въ предѣлахъ Россіи, но и внѣ ея, лишь бы только въ Россіи предметы съ такими поддѣланными фирмами выпускались въ продажу; вмѣстѣ съ тѣмъ эта декларация ввела то существенное измѣненіе, что вмѣсто ст. 1354 Улож. назначаются наказанія за мошенничество, если указанные фабричные знаки и клейма поддѣлываются въ государствахъ, съ которыми у насъ не существуетъ международныхъ торговыхъ трактатовъ; въ другихъ же случаяхъ по прежнему должна примѣняться ст. 1354, такъ какъ декларация 6 мая не отмѣняетъ трактата 1857 и даже сама счи-

тается входящею въ составъ этого трактата, имѣя равную съ нимъ силу ¹⁾. Но мы увидимъ, что этотъ способъ дѣйствія далеко не удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ мошенничества и потому включеніе его въ это преступленіе черезъ чуръ поспѣшно. Нельзя, однако, отрицать, что при наличности на сторонѣ способа дѣйствія условій мошенничества, право фирмы по дѣйствующему законодательству можетъ быть предметомъ этого преступленія, такъ какъ оно имѣетъ всѣ условія имущества, стоящаго подъ юридической охраной.

Хотя наша судебная практика еще не представила примѣровъ выманиванія отвлеченнаго имущества посредствомъ обмана, но русская юридическая литература уже успѣла высказаться по этому вопросу и пришла къ тѣмъ же результатамъ, которые указаны мною. Такъ г. Неклюдовъ, Руководство II, 641 также признаетъ отвлеченное имущество и, въ томъ числѣ, право фирмы возможнымъ предметомъ мошенничества.

§ 14. Казенное имущество въ прежнемъ нашемъ законодательствѣ охранялось болѣе строго, чѣмъ имущество частное. Военскіе артикулы назначаютъ даже за воровство казеннаго имущества смертную казнь. Хотя впослѣдствіи указъ 1828 марта 22 сгладилъ различіе въ наказуемости похищенія того и другаго, но не далѣе какъ въ 1833 октября 25 велѣно было судить всѣхъ мѣщанъ и купцовъ имперіи военнымъ судомъ за воровство одного изъ видовъ казеннаго имущества — воинскаго ²⁾. Сводъ Зак. совершенно сравниваетъ похищеніе казеннаго и частнаго имущества и даже для чиновниковъ, которымъ оно было ввѣрено по службѣ, назначаетъ обыкновенное наказаніе за воровство — кражу, съ тѣмъ лишь различіемъ, что они обязаны двойнымъ взысканіемъ похищеннаго (ст. 320, 321 Св. Зак. т. XV изд. 1842). Уложеніе о наказаніяхъ постановляетъ: ст. 548. За всякое, особыми какого либо рода въ семъ уложеніи или въ другихъ постановленіяхъ правилами именно не означенное, похищеніе казенной собственности, виновные подвергаются тѣмъ же наказаніямъ, которыя опредѣляются за похищеніе собственности частной.

¹⁾ Въ такомъ смыслѣ разъяснилъ ее угол. кас. сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Крона и Вестфала, V, 514. Текстъ деклараціи 6 мая помѣщенъ въ Судеб. Вѣстникѣ, 1870 № 170; тамъ же въ № 174 передовая статья указываетъ разладъ ея съ прежнимъ нашимъ законодательствомъ о мошенничествѣ.

²⁾ 2-е П. С. З. №№ 1892 и 6515.

Здѣсь, однако, разумѣется имущество, уже поступившее въ казну; что же касается уклоненія отъ платежа податей, пошлинъ и другихъ дефраудацій, то оно не соотвѣтствуетъ условіямъ мошенничества какъ по способу дѣйствія, такъ и по условіямъ предмета нарушенія, и потому выдѣляется закономъ въ особые преступления; таковы контрабанда, ложныя показанія для уклоненія отъ платежа повинностей и т. под. Устанавливая нѣкоторыя особенныя правила для чиновниковъ за растрату и самовольное пользованіе казеннымъ или ввѣреннымъ имъ по службѣ имуществомъ¹⁾, наше законодательство приравниваетъ совершенное ими похищеніе съ общимъ, если только оно не переходитъ въ вымогательство или иное служебное преступленіе.

Усиленная наказуемость нарушеній церковнаго имущества еще старѣе, чѣмъ усиленная наказуемость посягательствъ на имущество казенное. Уже судебники сравниваютъ церковную татьбу съ головою; Соборное Уложеніе 1648 относится къ ней гораздо строже, чѣмъ къ обыкновенной татьбѣ. Тоже продолжается въ Сводѣ Законовъ, который отнесъ похищеніе церковнаго имущества къ святотатству. Уложеніе о наказ. постановляетъ (изд. 1866):

Ст. 219. Святотатствомъ признается *всякое* похищеніе церковныхъ вещей и денегъ какъ изъ самыхъ церквей, такъ и изъ часовенъ, ризницъ и другихъ постоянныхъ и временныхъ церковныхъ хранилищъ, хотя бы онѣ находились и внѣ церковнаго строенія. Важность преступления святотатства и наказанія за оное увеличиваются, когда оно соединено съ оскорбленіемъ святыни, съ насильственными дѣйствіями или со взломомъ.

Ст. 229. За присвоеніе денегъ отъ кого либо, данныхъ на свѣчи или вообще на церковь, или же на содержаніе монастырей и монашествующихъ, *но еще въ имущество церковное не поступившихъ*, виновные подвергаются наказаніямъ, за присвоеніе чужаго имущества опредѣленнымъ.

За похищеніе изъ церкви не принадлежащихъ къ церковному имуществу вещей, когда сіе учинено безъ оскорбленія святыни, виновные подвергаются наказаніямъ, за *кражу* опредѣленнымъ.

Ст. 231. За похищеніе завѣдомо священныхъ или же черезъ употребленіе оныхъ при богослуженіи освященныхъ предметовъ изъ частнаго дома или другаго мѣста, виновный подвергается, когда сіе похищеніе учинено со взломомъ:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылки на поселеніе въ отдаленнѣйшихъ мѣстахъ Сибири;

когда-жъ безъ взлома, то лишенію всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ и ссылки на житье въ Сибирь или отдачу въ исправительныя арестантскія роты по 1-й степ. 31 статьи сего Уложенія.

Если означенные выше сего предметы похищены изъ лавки, мастерска-

¹⁾ Гл. III и отдѣл. V главы XI раздѣла V Улож. онаказ.

го заведенія или инаго мѣста, прежде употребленія ихъ въ богослуженіи или поступленія въ церковное имущество, то виновные въ семъ похищеніи подвергаются наказаніямъ, опредѣленнымъ за кражу.

Ст. 232 (Изъ нея слѣдуетъ, что деньги, находящіяся въ церковныхъ кружкахъ или столбахъ, признаются поступившими въ церковное имущество).

Ст. 233. За похищеніе не изъ церкви, ризницы или отдѣльнаго церковнаго хранилища, а изъ какого либо инаго мѣста, такихъ вещей, которыя, принадлежа къ церковному имуществу, не могутъ быть почитаемы ни священными, ниже освященными чрезъ употребленіе ихъ при богослуженіи предметами, виновные, *смотря по обстоятельствамъ, сопровождавшимъ то преступленіе*, подвергаются одному изъ наказаній, опредѣленныхъ за кражу.

Таковы постановленія нашего законодательства о святотатствѣ. Приведенная выше ст. 219, распространяя понятіе святотатства на «всякое похищеніе» церковнаго имущества, можетъ подать поводъ думать, что имъ обнимается и мошенничество въ техническомъ смыслѣ. Но нельзя не обратить вниманія, что съ одной стороны святотатство существенно зависитъ отъ мѣста совершенія преступленія и выдѣляется изъ другихъ видовъ похищенія главнымъ образомъ благодаря нарушенію святости того церковнаго помѣщенія, въ которомъ оно производится. Вслѣдствіе этого даже похищеніе частнаго имущества изъ церковнаго помѣщенія съ оскорбленіемъ святыни, по точному смыслу 2 части 229 ст., признается святотатствомъ. Нарушеніе же святости церковнаго помѣщенія законодатель не признаетъ въ наличности единственно потому, что въ такомъ церковномъ помѣщеніи совершено какое бы то ни было имущественное преступленіе; такъ утайка денегъ, данныхъ на свѣчи, въ Сводѣ Закон. отнесенная къ святотатству, выдѣлена изъ него Уложеніемъ о Наказ. въ группу общихъ имущественныхъ преступленій. Слѣд. для признанія этого момента въ наличности необходимъ такой способъ дѣйствія, который носитъ характеръ дерзкаго игнорированія священной охраны, какъ кража, грабежъ и разбой. Это подтверждается и тѣми увеличивающими вину обстоятельствами, которыя указываются въ святотатствѣ; здѣсь нашему законодательству знакомы насильственное нападеніе на церковь и совершеніе въ ней различныхъ насильственныхъ дѣйствій надъ лицами или вещами, явно нарушающихъ святость церковнаго помѣщенія; дѣйствія, съ внѣшней стороны признающія эту святость, не указаны здѣсь хотя бы по началамъ объ общихъ имущественныхъ преступленіяхъ онѣ свидѣтельствовали объ усиленной преступности. Съ другой стороны, говоря о ненасильственныхъ видахъ святотатства, законо-

датель обращаетъ вниманіе только на то, было ли оно совершено со взломомъ или безъ взлома, и если находить нужнымъ выдѣлить данный случай изъ святотатства, то относить его къ кражѣ. По его мысли, всякое такое святотатство предполагаетъ возможность совершенія его со взломомъ, т. е. предполагаетъ наличность условій кражи. Это весьма рельефно подтверждается ст. 233; похищеніе церковнаго имущества изъ частныхъ помѣщеній наказывалось какъ тотъ видъ кражи, которой соотвѣтствуетъ дѣяніе виновнаго по сопровождавшимъ его обстоятельствамъ.

Такимъ образомъ я прихожу къ заключенію, что выманиваніе обманомъ церковнаго имущества безъ наличности условій разбоя, грабежа или кражи не составляетъ святотатства по русскому праву и можетъ быть преслѣдуемо только какъ обыкновенное мошенничество. Этотъ взглядъ русскаго права находитъ себѣ подтвержденіе въ самой природѣ святотатства какъ особаго преступленія.

Въ самомъ дѣлѣ, выдѣленіе его изъ группы общихъ нарушеній чужаго имущества вызвано тѣмъ, что святотатство вмѣстѣ съ причиненіемъ имущественнаго ущерба церкви какъ имущественной единицѣ оскорбляетъ религіозное чувство вѣрующихъ, нарушая святость тѣхъ помѣщеній, которыя предназначены для служенія божеству и поставлены подъ особой религіозной охраной. Это существенное условіе святотатства. Но мошенничество не обладаетъ имъ; здѣсь виновный не издѣвается надъ священнымъ мѣстомъ, а развѣ надъ тѣми лицами, которымъ поручена охрана церковнаго имущества. Вотъ почему и иноземныя уложенія, напр., французское и бельгійское, не находятъ нужнымъ видѣть въ церковномъ характерѣ имущества квалифицирующее обстоятельство мошенничества.

§ 15. Теперь мы должны перейти къ вопросу: ограничивается ли предметъ мошенничества нарушеніемъ права собственности во всѣхъ его частяхъ, или онъ можетъ быть признанъ и при нарушеніи нѣкоторыхъ частей его — владѣнія, пользованія и распоряженія въ отдѣльности?

Съ перваго взгляда вопросъ этотъ кажется не имѣющимъ никакого основанія, такъ какъ заглавіе раздѣла XII Улож. редактировано такъ: «о преступленіяхъ и проступкахъ противъ *собственности частныхъ лицъ*»; противъ постановки его можно замѣтить также, что самовольное пользованіе чужимъ имуществомъ законо-

датель ставить особнякомъ отъ кражи и мошенничества (ст. 145 — 150 Уст. о Нак. и др.). Но эти возраженія не убѣдительны.

а) Понятіе собственности состоитъ изъ совокупности нѣсколькихъ отдѣльныхъ понятій и устраненіе одного изъ нихъ, напр., владѣнія, еще не устраняетъ понятія собственности вообще. Такъ собственность по закону, хотя бы въ формѣ *nudum jus*, можетъ имѣть мѣста даже при отсутствіи у лица многихъ частей ея, каково, напр., долговое имущество.

б) Результатъ преступнаго владѣнія или пользованія чужимъ имуществомъ, какъ справедливо замѣтилъ г. Неклюдовъ, II, 594, въ большинствѣ случаевъ заключается въ обращеніи въ свою собственность чужаго движимаго имущества, что равносильно похищенію его. Такъ, напр., выманиваніе аренднаго договора на землю за мнимый эквивалентъ съ одной стороны представляетъ собою нарушеніе права пользованія землею, съ другой — нарушеніе права собственности на принадлежащій хозяину доходъ съ его земли.

в) Не подлежитъ конечно сомнѣнію, что нашему праву не извѣстна кража пользованія или владѣнія отдѣльно отъ нарушенія права собственности на вещь; точно также пользованіе или владѣніе вещью само по себѣ не можетъ быть предметомъ мошенничества, если вслѣдствіе его въ собственность къ виновному не переходитъ определенное имущество, составлявшее часть или прямой результатъ того, которымъ онъ пользовался или владѣлъ и теряемое хозяиномъ этого имущества. Поэтому-то пользованіе чужимъ имуществомъ отошло изъ кражи и мошенничества къ самостоятельной рубрикѣ преступленій. Но если результатъ пользованія, владѣнія или осуществленія другихъ правъ въ чужой вещи одинаковъ съ присвоеніемъ вещи, т. е. если прямымъ послѣдствіемъ пользованія или владѣнія является переходъ къ виновному чужаго движимаго имущества въ собственность, то очевидно нѣтъ никакихъ основаній выдѣлять изъ похищеній чужаго имущества противозаконное пріобрѣтеніе такого пользованія или владѣнія. Конечно, далеко не всегда будетъ въ наличности этотъ результатъ; во многихъ случаяхъ пользованіе или владѣніе чужимъ имуществомъ, особенно движимымъ, состоитъ въ употребленіи этого имущества для своихъ потребностей безъ разрушенія его и безъ пріобрѣтенія этимъ въ собственность какихъ либо отдѣльныхъ движимыхъ цѣнностей. Напр., пользованіе чужимъ

пальто, книгой и пр. не даетъ виновному ничего больше какъ болѣе или менѣе продолжительное употребленіе этого пальто и книги для своихъ надобностей. Но отрицать его совершенно невозможно, и притомъ онъ имѣетъ мѣсто не только при пользованіи имуществомъ недвижимымъ (пріобрѣтеніе обманомъ аренднаго права на землю), но и при пользованіи имуществомъ движимымъ. Представьте себѣ, напр., что А. выманилъ у Б. обманомъ банковый 5000 руб. билетъ для полученія по нему процентовъ въ теченіи одного года; въ результатѣ своего обмана А. получаетъ въ собственность годовые проценты съ 5000 р., т. е. 250 р., хотя самый билетъ выманенъ имъ не въ собственность, а только во временное пользованіе. Здѣсь, очевидно, есть всѣ условія мошенничества на сумму до 300 р. Тотъ же взглядъ проводится нашимъ законодательствомъ; всякое пользованіе, въ результатѣ котораго къ рукамъ виновнаго прилипаетъ собственность въ чужомъ движимомъ имуществѣ и которое пріобрѣтено именно для похищенія движимаго имущества, оно рассматриваетъ какъ похищеніе. Отсюда выдѣленъ только одинъ случай — самовольное, но не въ видѣ кражи, срываніе яблокъ и другихъ плодовъ, собираніе грибовъ, ягодъ и тому подобное; но это выдѣленіе, ограниченное требованіемъ, чтобъ дѣйствіе виновнаго было «не въ видѣ кражи», распространяется только на такіе движимые соединенные естественнымъ путемъ съ землею предметы, которые, благодаря своему множеству, въ отдѣльности не извѣстны и потому не имѣютъ цѣны даже для хозяина вещи. См. Неклюдовъ, II, 595.

г) 2 ч. ст. 2295 Улож. изд. 1857, замѣненная п. 5 ст. 174 Уст. о Наказ., предусматриваетъ противозаконную передачу пользованія чужимъ имуществомъ и постановлена по слѣдующимъ соображеніямъ: «Въ Сводѣ Зак. Угол. не упоминается о нарушеніи правъ собственности при отдачѣ имѣнія въ наемъ, временное владѣніе или на сохраненіе. Между тѣмъ, однакожь, какъ видно изъ дѣлъ, нерѣдко случается, что чужое имущество отдается въ наемъ безъ всякаго на то права и дозволенія хозяина. Сіе преступленіе въ большей части случаевъ есть ничто иное, какъ одинъ изъ видовъ воровства — мошенничества (здѣсь редакторы, очевидно, разумѣли тѣ случаи, когда виновный выдаетъ чужое имущество за свое, выманивая тѣмъ какія либо цѣнности у берущаго его въ наемъ), съ коимъ мы сравниваемъ его, ссылаясь на ст.

2119 (простое мошенничество); кажется, однакожъ, что было нужно упомянуть его особо» ¹⁾. Отсюда ясно, что подъ нарушеніемъ права собственности редакторы понимали также отдачу чужаго имущества въ наемъ или временное владѣніе, а слѣд. и пріобрѣтеніе пользованія имъ посредствомъ какого либо преступленія.

По всѣмъ указаннымъ соображеніямъ я нахожу возможнымъ выставить положеніе, что предметомъ мошенничества по русскому праву можетъ быть и пріобрѣтеніе такихъ входящихъ въ общее понятіе собственности правъ въ чужой вещи, прямымъ результатомъ осуществленія которыхъ является потеря движимаго имущества одною стороною и пріобрѣтеніе его въ собственность виновнымъ, хотя бы онъ не присвоилъ и не имѣлъ намѣренія присвоить чужую вещь, которую взялъ въ пользованіе, владѣніе и т. под. ²⁾.

Въ самомъ дѣлѣ, нѣтъ никакихъ логическихъ основаній выдѣлять случаи этого рода изъ наказуемаго похищенія чужаго имущества, коль скоро способъ дѣйствія виновнаго удовлетворяетъ законнымъ условіямъ преступленія и допускаетъ подобное нарушеніе. Результаты дѣйствія тамъ и здѣсь одинаковы, одинаково также намѣреніе виновнаго нарушить чужое имущественное право и самому пріобрѣсти надъ нимъ господство, включить чужую движимую вещь въ сферу своихъ цѣнностей. Признавая противоположное мнѣніе, мы бы были вынуждены во многихъ случаяхъ поставить примѣненіе или непримѣненіе уголовного закона исключительно въ зависимость отъ того случайнаго положенія, какое занимаетъ лицо въ сдѣлкѣ. Напр. А., владѣлецъ земли, заключаетъ договоръ съ Б. объ отдачѣ ему своей земли въ аренду. Предположите, что при этомъ А. совершилъ какой либо обманъ, посредствомъ котораго побудилъ Б. выдать сумму, которой онъ не далъ бы, не будучи введенъ въ заблужденіе; судъ долженъ будетъ примѣнить къ А. узаконенія о мошенничествѣ. Но переставьте роли и предположите, что обманъ былъ совершенъ Б. и что посредствомъ него онъ получилъ наемное право на землю; принявъ, что предметомъ мошенничества не можетъ быть право пользова-

¹⁾ Проектъ новаго Уложенія о Наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ съ подробнымъ означеніемъ основаній cadaго изъ внесенныхъ въ сей проектъ постановленій. См. замѣчаніе на ст. 2147.

²⁾ То же мнѣніе проводитъ Merkel, Abhandlungen, II, 106, но онъ безъ достаточныхъ основаній ограничиваетъ преступность случаями взятія вещи виновнымъ въ фактическое владѣніе, хотя, впрочемъ, въ другомъ мѣстѣ подрываетъ самого себя, считая возможнымъ предметомъ мошенничества право охоты.

нія, вы должны будете освободить Б. отъ уголовной отвѣтственности. А между тѣмъ, какая же разница въ объективномъ и субъективномъ составѣ дѣйствій А. и Б.?

Въ нашей практикѣ возникъ лишь вопросъ о томъ, можетъ ли быть предметомъ мошенничества право пользованія недвижимымъ имуществомъ, разрѣшенный к. с. по дѣлу Шамшевой утвердительно (IV, 322).

§ 16. Изъ ряда представленныхъ соображеній вытекаетъ:

а) что предметомъ мошенничества могутъ быть и такія вещи, которыя уже находятся во владѣніи виновнаго, если послѣдній выманиваетъ обманомъ не принадлежащее ему право въ этой вещи. Напр. закладчикъ выманиваетъ обманомъ у залогодателя закладную квитанцію для присвоенія вещи; или получившій деньги за выкупъ заложенной вещи обмѣниваетъ ее другою, и т. под. Другими словами, для понятія мошенничества не требуется похищеніе владѣнія чужою вещью.

б) Что потому предметомъ мошенничества не должна быть непременно вещь матеріальная, осязаемая, могущая быть увезена или унесена; такъ напр. право фирмы можетъ быть предметомъ мошенничества наравнѣ съ деньгами и иною движимостью.

в) Что такимъ образомъ ближайшимъ предметомъ его является скорѣе чужое имущественное право, чѣмъ выражающая его вещь, въ томъ смыслѣ, что послѣдняя можетъ находиться въ сторонѣ отъ преступнаго дѣйствія, вдали отъ него. И такъ какъ одна и та же вещь можетъ быть предметомъ различныхъ имущественныхъ правъ, принадлежащихъ нѣсколькимъ лицамъ, то необходимо обращать вниманіе, какое именно и чье право въ этой вещи было предметомъ нарушенія.

Это замѣчаніе весьма важно для опредѣленія признака, по которому предметомъ мошенничества должно быть имущество *чужое*, не принадлежащее виновному. Если же лице выманиваетъ обманомъ свое имущество, то въ подобномъ дѣйствіи можно по большей мѣрѣ видѣть самоуправство, а никакъ не мошенничество; съ этимъ взглядомъ согласенъ и кас. сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Оомина (IV, 122). Но опредѣленіе «своего» и «чужаго» представляется нѣсколько затруднительнымъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ вещь принадлежитъ виновному не вполне, производимое же имъ нарушеніе касается права въ этой вещи не принадлежащаго ему. Сталкиваясь съ этимъ недоразумѣніемъ и будучи не въ силахъ разрѣшить его

потому, что имущественныя преступленія обыкновенно совершаются относительно вещи, чужой для виновнаго во всѣхъ ея частяхъ, криминалисты прибѣгаютъ къ своему любимому коньку — что опредѣленія законовъ гражданскихъ не обязательны для уголовныхъ судовъ. «Понятіе чужой вещи въ правѣ уголовномъ, говорятъ они, гораздо шире понятія чужой вещи въ правѣ гражданскомъ, и именно подъ чужою вещью въ правѣ уголовномъ иногда (?) разумѣется и такая вещь, которая составляетъ собственность подсудимаго, но находится въ чужомъ пользованіи» ¹⁾. Легко видѣть, какъ не убѣдителенъ и не проченъ этотъ взглядъ. Если свое въ смыслѣ гражданского права можетъ быть чужимъ въ смыслѣ уголовного права, то значитъ возможно преступное нарушеніе своего права, такъ какъ объемъ и условія правъ опредѣляются законами гражданскими, уголовные же имѣютъ своею задачею лишь карать наиболѣе тяжкія нарушенія правъ, опредѣленныхъ въ другомъ мѣстѣ. Проводя послѣдовательно этотъ взглядъ, слѣдовало бы признать возможною кражу своего имущества, отданнаго въ пользованіе; утайку долга, такъ какъ на должное имѣетъ право кредиторъ, и т. п. Оспариваемое мнѣніе не рѣшается доводить дѣло до этихъ крайностей и прибѣгаетъ для этого къ слову «иногда», безсодержательность котораго очевидна каждому. Но и въ этихъ произвольныхъ и неуловимыхъ предѣлахъ оно не можетъ подкрѣпить своего взгляда сколько нибудь убѣдительными соображеніями, такъ какъ оно не можетъ отрицать того факта, что не дѣло уголовныхъ законовъ и уголовного права нормировать имущественныя отношенія.

Повторяемъ, въ утвержденіи необязательности гражданскихъ законовъ для уголовного судьи мы видимъ ни на чемъ не основанное предположеніе, лазейку, къ которой прибѣгаютъ или для проведенія началъ несогласныхъ съ законодательными, или для обхода трудностей анализа гражданскоправовыхъ вопросовъ. Для разрѣшенія затронутаго въ настоящемъ параграфѣ вопроса мы считаемъ вполне возможнымъ обойтись безъ него и насъ нисколько не смущаетъ, что одна и таже вещь можетъ быть одновременно предметомъ различныхъ правъ различныхъ лицъ. Вѣдь предметомъ мошенничества признается не движимая вещь, а движимое имущество ²⁾, т. е. чужое имущественное право;

¹⁾ Неклюдовъ, Руководство, II, 592, 593.

²⁾ Это забываетъ и Грицецкій, Studien über den strafbaren Betrug, Lem-

последнее же для своей самостоятельности совсѣмъ не требуетъ, чтобы ему соотвѣтствовала отдѣльная движимая вещь или вообще отдѣльный предметъ обладанія, не подчиненный господству другого имущественнаго права ¹⁾. Такимъ образомъ хотя данная вещь можетъ быть собственностью виновнаго, но относительно ее можетъ существовать также право другого лица и нарушение имъ этого права есть нарушение чужаго имущества. Если такое нарушенное право и примѣненный виновнымъ способъ нарушения соотвѣтствуютъ требуемымъ въ мошенничествѣ условіямъ, то о наличности наказуемаго мошенничества не можетъ представиться никакихъ сомнѣній. Напр., я продалъ Петру право на получение процентовъ съ принадлежащаго мнѣ и переданнаго ему для этого банковаго билета, или право на получение выигрыша; затѣмъ, узнавъ, что мой билетъ сдѣлалъ хорошій выигрышъ, или не желая оставить за Петромъ право получать проценты съ моего билета, я посредствомъ обмана выманиваю у него свой билетъ и такимъ образомъ лишаю его принадлежащаго ему имущественнаго права на проценты или на выигрышъ. Я по закону совершилъ мошенничество въ первомъ случаѣ на сумму стоимости процентовъ, въ второмъ — на сумму выигрыша.

Этотъ взглядъ поддерживается и кассационнымъ сенатомъ, хотя, впрочемъ, рѣшеніе, высказывающее его, нельзя назвать вѣрнымъ, такъ какъ сенатъ смѣшалъ имущественный ущербъ съ опасностію для имущественной сферы лица (см. ниже), признавъ предметомъ мошенничества даже последнюю. Псковской окружной судъ въ дѣлѣ Волейко и Фролова требовалъ для признанія мошенничества, чтобы виновный не имѣлъ права собственности на ту вещь, которая стала предметомъ преступленія; поэтому обманная дѣйствія относительно собственныхъ вещей, подлежащихъ продажѣ за долгъ другому лицу, онъ отказался признать преступнымъ похищеніемъ чужаго имущества. Но сенатъ (IV, 321) нашелъ, что какъ скоро опредѣленное имущество лица стало обезпеченіемъ имущественнаго права другого (что, при отсутствіи залога, начинается только съ момента описи), то оно можетъ быть предметомъ мошенничества со стороны самого собственника. Правда, въ дѣлѣ Волейко представлялось лишь прит-

berg, 1870, стр. 17, гдѣ онъ совершенно неправильно упрекаетъ русское законодательство въ ограниченіи будто бы имъ круга предметовъ мошенничества движимыми вещами (*ruchomości* польскаго перевода ст. 1173).

¹⁾ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1870 ч. I §§ 137, 145 и др.

ворное обязательство ко вреду правъ кредитора, что вовсе не со-
отвѣтствуетъ условіямъ обмана какъ способа дѣйствія его, но
это уже другой вопросъ.

На основаніи этого же начала, раздѣляемаго и судебною прак-
тикою, для признанія имущества «своимъ» въ дѣлахъ о мошенни-
чествѣ вовсе не слѣдуетъ требовать, чтобъ виновному принадле-
жала та именно вещь, которую онъ выманилъ посредствомъ об-
мана; достаточно, чтобы ему принадлежало выманенное имъ пра-
во, такъ что пріобрѣтеніемъ вещи онъ только дѣлаетъ возмож-
нымъ осуществленіе своего права, все равно, опирается ли оно
на формальные документы или нѣтъ. Въ кражѣ, наоборотъ, во-
просъ ставится о тождествѣ похищенной вещи съ вещью, принад-
лежащею виновному, и если напр., я краду у закладчика не зало-
женную мною, а другую хотя и равноцѣнную вещь, то о налично-
сти кражи не представляется никакихъ сомнѣній. Поэтому выма-
ниваніе обманомъ должной мнѣ или равноцѣнной долгу вещи
не составляетъ мошенничества, такъ какъ я осуществляю свое
имущественное право. Этотъ взглядъ признанъ и уг. кас. сена-
томъ въ рѣшеніи по дѣлу Хомина (IV, 122). Хомина послалъ къ
Бабанову работника съ 35 руб. для покупки мяса; свѣсивъ мяса
на всю эту сумму и получивъ деньги, Бабановъ затѣмъ отпу-
пустилъ мяса только на 13 руб., а остальные 22 руб. удержалъ
за долгъ ему Хомина, который, впрочемъ, долга этого при разби-
рательствѣ не призналъ. Бабановъ былъ подвергнутъ отвѣтствен-
ности только за самоуправство, что одобрено сенатомъ.

§ 17. Разсмотрѣніе видовъ имущества, могущихъ быть пред-
метомъ мошенничества, приводитъ къ тому заключенію, что пред-
метъ его и кражи не одинаковъ. Съ одной стороны онъ шире,
что обуславливается способомъ дѣйствія, благодаря которому
многіе виды имущества оказываются гарантированными противъ
кражи и беззащитными отъ мошенничества; таковы право фирмы,
права отвлеченной собственности, права въ чужой вещи, обяза-
тельственные отношенія и пр. Въ этомъ отношеніи съ мошен-
ничествомъ ближе сходится другое имущественное преступленіе,
не имѣющее у насъ того значенія, какое придаетъ ему уголовное
право западной Европы подъ названіемъ вымогательства, *extor-
sion, Erpressung*. Подъ нимъ разумѣется побужденіе лица посред-
ствомъ насилія отказаться въ пользу виновнаго отъ какого либо
имущества или выдать на себя какое либо обязательство и т.

под.; такъ что оно обнимаетъ всякое имущество въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и мошенничество. У насъ также существуетъ преступленіе вымогательства, но оно разбито на нѣсколько совершенно отдѣльныхъ видовъ: насильственное побужденіе къ выдачѣ на себя обязательствъ (ст. 1686, 1687 Улож.), грабежъ и разбой въ смыслѣ насильственныхъ дѣйствій, которыми другое лице побуждается передать виновному какую либо наличную вещь (ст. 1627, 1637) и служебное вымогательство (ст. 377 Улож.).—Различіе предмета мошенничества и кражи вытекаетъ само собою изъ различія способа дѣйствія въ томъ и другомъ преступленіи; поэтому оно обыкновенно не указывается законодательствами, которыя съ полнымъ основаніемъ могутъ предоставить разработку этого вопроса дѣятельности юристовъ. Въ самомъ дѣлѣ, мы повсемѣстно замѣчаемъ, что судебная практика понимаетъ предметъ мошенничества гораздо шире, чѣмъ предметъ кражи и, слѣд., не считаетъ ихъ тождественными¹⁾. Но криминалисты—теоретики, высказывая приводимыми ими примѣрами свое согласіе съ взглядами судебной практики, продолжаютъ утверждать въ общемъ опредѣленіи мошенничества, что предметъ его и кражи одинъ и тотъ же²⁾. Они забываютъ, что различіе въ способѣ дѣйствія обусловливаетъ и различіе въ предметѣ нарушенія, такъ что хотя законодатель, указывая способъ дѣйствія мошенничества, имѣетъ полное право удержаться отъ указанія тѣхъ вліяній, какія производитъ характеръ дѣйствія на объемъ предмета нарушенія, но наука не можетъ сваливать съ себя этой обязанности.

Но, съ другой стороны, законъ, придавая чрезъ чуръ большое значеніе способу дѣйствія кражи какъ тайному похищенію, не ограничиваетъ ее нарушеніемъ имущественныхъ правъ. Такъ въ ст. 1657 и 1658 Улож. о наказ. къ кражѣ отнесено похищеніе принадлежащихъ другому крѣпостей, межевыхъ плановъ, книгъ, или другихъ какого либо рода актовъ, документовъ или бумагъ, или актовъ и иныхъ официальныхъ бумагъ, принадлежащихъ къ

¹⁾ Примѣры изъ русской судебной практики указаны выше; о прусской см. Oppenhoff, das Strafgesetzbuch für die preussisch. Staaten, 1867, nnº. 4, 6, 11, 14 и др. къ § 241; о французской—Rolland de Villargues, les codes criminels interprétés, Paris. 1869 nnº. 216, 219, 220, 221, 222 и др. къ art. 405 code pénal; о баденской—Puchelt, das Strafgesetzbuch für das Großherz. Baden, 1868, стр. 693 и слѣд.

²⁾ См. даже Меркель, Krimin. Abhandl. II, 56; и въ тоже время считаетъ возможнымъ предметомъ мошенничества право охоты! См. стр. 120.

дѣламъ какого либо суда или управленія, лишь бы только виновный руководился намѣреніемъ «доставить себѣ или другому какую либо противозаконную выгоду». Ясное дѣло, что кара, составляющая санкцію этихъ статей, существуетъ не исключительно для охраны отношеній имущественныхъ: похищаемые акты могутъ не имѣть никакой имущественной цѣнности—кромѣ развѣ стоимости бумаги, на которую законъ, очевидно, не могъ обращать серьезнаго вниманія. Такъ, напримѣръ, практика относитъ сюда похищеніе чужаго вида на жительство, видя намѣреніе получить противозаконную выгоду въ томъ, что виновный избѣгаетъ платежа денегъ за собственный паспортъ или вообще неудобствъ по полученію его (кк. рр. III, 254; IV, 40; V, 298). Спрашивается, можно ли переносить это узаконеніе и на мошенничество?

Здѣсь, думаю, нужно различать случаи двоякаго рода: а) документы, не имѣющіе значенія имущества и выманиваемые обманомъ, не составляютъ юридическаго обезпеченія имущественныхъ правъ потерпѣвшаго или выманиваются не для лишенія его такого обезпеченія. Напр. А. выманиваетъ у Б. обманомъ его паспортъ для проживанія по нему. Для разрѣшенія поставленнаго вопроса относительно такихъ случаевъ нужно принять въ соображеніе: 1) что ст. 1657 и 1658 Улож. о наказ. предусматриваютъ не противозаконное пріобрѣтеніе права на имущество, а доставленіе себѣ какой либо имущественной выгоды, хотя бы безъ нарушенія чужаго имущественнаго права (к. р. V, 298); 2) въ общемъ правилѣ для понятія кражи и мошенничества требуется нарушеніе чужаго права на имущество и только для кражи составъ преступленія спеціальнымъ закономъ раздвинутъ и на нѣкоторые случаи доставленія себѣ или другому какой-бы то ни было противозаконной выгоды безъ нарушенія чужаго имущества; 3) относительно мошенничества подобныхъ спеціальныхъ узаконеній не имѣется, кромѣ одного случая самовольнаго пользованія чужимъ имуществомъ (т. 5 ст. 174 уст. о наказ.), неправильно включеннаго въ узаконенія о мошенничествѣ. Поэтому отвѣтъ на предложенный вопросъ долженъ быть отрицательный.

б) Напротивъ, если документы и иные акты или бумаги, сами по себѣ не составляющіе знаковъ имущественныхъ цѣнностей, составляютъ однако обезпеченіе имущественныхъ правъ потерпѣвшаго и выманиваются для лишенія его такого обезпеченія, то дѣй-

ствие виновного может быть признано средством для совершения мошенничества; причина та, что ими охраняется имущественное право другого лица, слѣд. лишение его этой охраны есть посягательство на нарушение чужаго имущества. Но для признанія полного состава мошенничества въ этихъ случаяхъ, согласно общему правилу, необходимо требовать наличность дѣйствительной имущественной потери. Практика кас. сената также признаетъ, что посягательство на обезпеченіе имущественнаго права входитъ въ группу имущественныхъ нарушеній; такъ предъявленіе обманомъ для заклада ящика съ чугунными черепками вмѣсто часовъ признано мошенничествомъ ¹⁾ (V, 67), а въ дѣлахъ объ обманахъ для побужденія къ выдачѣ письменныхъ обязательствъ вышеуказанное начало указывается буквою самаго закона; такъ, напр., побужденіе обманомъ вступить въ обязательство, въ силу котораго потерпѣвшій сообщаетъ виновному документы, содержащіе въ себѣ секреты ремесленной или фабричной промышленности, вполне обнимается ст. 1688 Улож. о наказ.

Наконецъ нельзя не замѣтить, что предметъ мошенничества шире предмета другихъ имущественныхъ преступленій и потому, что одинъ изъ особенныхъ видовъ его, предусмотрѣнный ст. 518 улож., обнимаетъ обманы для побужденія къ вступленію въ военную службу за другое лицо, совершаемые посредникомъ между сдатчикомъ и нанимающимся. Здѣсь предметомъ преступленія, впрочемъ, все таки оказывается имущественное право нанимающагося — право требовать любое количество за свой будущій трудъ, — съ тѣмъ лишь, что къ нему примѣшивается посягательство на свободу распоряженія своею личностью (к. р. IV, 1102).

§ 18. Представляя собою въ общемъ правилѣ чужое движимое имущество, мошенничество необходимо предполагаетъ потерпѣвшаго, хотя бы, впрочемъ, какъ мы видѣли въ § 6, въ процессѣ нельзя было выставить конкретнаго представителя его.

Потерпѣвшимъ отъ мошенничества можетъ быть всякое лицо какъ физическое, такъ и юридическое; такъ въ ряду послѣднихъ особо указаны страховыя общества и, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, казна. Совершеніе обмана противъ страховаго общества есть обстоятельство, значительно увеличивающее наказуемость мошенничества (ст. 1195 Улож.); объемъ и условія его мы разсмотримъ во

¹⁾ Судеб. Вѣстникъ, 1867 № 38, отчетъ о дѣлѣ Красина.

II отдѣленіи. Казна упоминается особо только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нарушеніе ея имущественныхъ интересовъ производится посредствомъ обмана чиновника или въ соучастіи съ нимъ; особенность здѣсь та, что при согласіи чиновника обманъ казны все таки предполагается въ наличности, съ тѣмъ лишь, что чиновникъ подвергается обыкновенно служебнымъ наказаніямъ и дѣйствіе его не признается мошенничествомъ, а частное лицо, виновное въ обманѣ, наказывается какъ за мошенничество; см. напр. ст. 493 Улож. Однако, нерѣдко правила о мошенничествѣ распространяются какъ на частное, такъ и на должностное лицо; напр. ст. 655 Улож.

Хотя такимъ образомъ въ общемъ правилѣ мошенничество непосредственно нарушаетъ лишь частные интересы лица потерпѣвшаго, но нѣкоторые виды его имѣютъ болѣе близкое соотношеніе съ общественными интересами, представляя собою опасность для имущества неопредѣленнаго множества гражданъ. Въ первое время развитія мошенничества только эти обманы обращали на себя вниманіе уголовного законодателя, но хотя теперь онъ во многихъ странахъ призналъ преступными и другіе виды, однако ему не слѣдовало бы упускать изъ виду, что эти случаи представляются болѣе вредными для гражданскаго общества и потому должны вызывать противъ себя болѣе строгую репрессію. Таковы, напримѣръ, обманы для измѣненія цѣнъ на биржѣ, рассчитанные на биржевую игру, особенно если они производятся путемъ печати; открытіе мнимыхъ торговыхъ предпріятій для болѣе легкаго похищенія чужаго имущества и т. под. Несомнѣно, что и по нашему законодательству случаи этого рода должны будутъ подлежать отвѣтственности какъ мошенничество, и потому редакторъ, условившійся съ корреспондентомъ о присылкѣ себѣ обманчивыхъ телеграммъ съ намѣреніемъ спекулировать на биржѣ, долженъ будетъ занять мѣсто на скамьѣ подсудимыхъ. Но здѣсь слѣдовало бы назначить болѣе строгое наказаніе, чѣмъ за другіе виды простаго мошенничества, такъ какъ дѣйствіе виновнаго, посягая на имущество неопредѣленнаго множества гражданъ, несравненно болѣе вредно и преступно.

Къ обманамъ же, имѣющимъ такой усиленный общественный интересъ и подрывающимъ прочность взаимнаго довѣрія въ обществѣ, относятся передачи виновнымъ за настоящія фальшивыхъ ассигнацій и монеты, случайно полученныхъ имъ. Здѣсь важность

преступленія умѣряется началомъ: «за что купилъ, за то и передалъ.» Но тѣмъ не менѣе общественный характеръ ихъ проявляется весьма рѣзко въ томъ, что здѣсь составъ мошенничества устанавливается фактомъ завѣдомой передачи подложнаго за дѣйствительное совершенно независимо отъ того, въ какихъ отношеніяхъ произошла и эквивалентомъ чего служила эта передача. Поэтому передалъ ли я такія ассигацію и монету въ видѣ платежа за купленные товары, или въ формѣ подарка, или расплатился ими въ домѣ терпимости, или произвелъ ими платежъ за забранное мною въ кредитъ вино, я во всякомъ случаѣ рискую подпасть отвѣтственности по 2-й ч. 567 или 576 ст. Улож. о наказ.; но отсюда вовсе не слѣдуетъ, будто бы предметомъ мошенничества можетъ быть право по долговой распискѣ за вино или непотребный трудъ публичной женщины. Эту сторону вопроса упускаютъ изъ вида многіе криминалисты и, между ними, Меркель.

III. ХАРАКТЕРЪ ПРЕСТУПНАГО ПОСЛѢДСТВІЯ ВЪ МОШЕННИЧЕСТВѢ.

§ 19. Мошенничество направляется, съ одной стороны, къ нарушенію чужаго имущественнаго права, съ другой—къ полученію имущественной прибыли. Въ настоящемъ подраздѣленіи мы займемся разсмотрѣніемъ характера этихъ его послѣдствій.

Примѣчаніе. Обыкновенно при разсмотрѣніи объективнаго состава мошенничества довольствуются указаніемъ перваго момента, второе же послѣдствіе—имущественную прибыль—считаютъ достаточно установленнымъ тѣмъ требованіемъ, чтобъ дѣйствіе виновнаго совершалось съ корыстнымъ намѣреніемъ. Съ этимъ согласиться нельзя. Оба имущественныя послѣдствія мошенничества—прибыль и вредъ—должны стоять между собою въ опредѣленномъ соотношеніи, вѣрное выраженіе котораго возможно только тогда, если онѣ будутъ изложены совмѣстно при анализѣ объективной стороны. Выставленіе корыстнаго мотива дѣятельности для этого недостаточно; легко можетъ случиться, что даже употребляя обманъ исключительно какъ средство поврежденія или истребленія чужаго имущества, виновный руководится корыстнымъ мотивомъ, что, однако, не превращаетъ его дѣйствія въ мошенничество благодаря несоотвѣтствію потери и прибыли. Таково, напр., побужденіе обманомъ огласить фактъ, завѣдомо для виновнаго могущій подорвать кредитъ фирмы лица, оглашающаго его, съ тѣмъ именно намѣреніемъ, чтобъ подрывомъ чужой фирмы упрочить свою; сюда же относятся всѣ обманы какъ средство истребленія чужаго имущества, совершаемые виновнымъ по подкупу третьяго лица. Во избѣжаніе смѣшеній подобныхъ случаевъ съ мошенничествомъ я призналъ болѣе вѣрнымъ включить указаніе имущественной прибыли въ объективный составъ разсматриваемаго преступленія.

Мы уже видѣли, что мошенничество какъ преступленіе противъ чужаго имущества необходимо требуетъ нарушеніе или посяга-

тельство на нарушение чужаго имущества, стоящаго подъ юридической охраной. Но понятіе имущественнаго ущерба или нарушенія необходимо предполагаетъ:

Изъятіе или посягательство изъять тотъ или другой предметъ имущественнаго права изъ сферы юридической власти лица, которому оно принадлежит. Всѣ законодательства той семьи, которой знакомо мошенничество какъ альтернатива кражи, требуютъ непременно этотъ признакъ. Французскій *Code pénal* ставитъ непременнымъ условіемъ мошенничества выманиваніе чужой движимости, капиталовъ, обязательствъ, распоряженій и т. под.; англоамериканскіе статуты также требуютъ необходимымъ послѣдствіемъ мошенничества потерю потерпѣвшимъ какихъ либо имущественныхъ цѣнностей. Въ русскомъ правѣ признакъ этотъ совершенно ясно высказанъ тѣмъ условіемъ мошенничества, по которому оно есть «похищеніе чужаго имущества», т. е. взятіе его изъ юридической власти управомоченнаго. — Конечно, въ имущественной сферѣ возможны и нарушенія другаго рода, нарушенія нематерьяльныя. Легко представить себѣ, что то или другое лицо вслѣдствіе обмана распоряжается своимъ имуществомъ не такъ, какъ бы оно распорядилось имъ безъ вліянія обмана, и однако не теряетъ ничего изъ своихъ имущественныхъ цѣнностей. Напр., А. посредствомъ обмана убѣждаетъ Б. не покупать билета въ театръ, не дарить свою вещь тому лицу, которому бы оно хотѣло подарить ее, и т. под. Свобода Б. распоряжаться своимъ имуществомъ здѣсь несомнѣнно нарушена и обманъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ даже измѣненіе въ его имущественной сферѣ, но только измѣненіе формальное; послѣдствіе обмана такимъ образомъ представляется здѣсь чисто формальнымъ и имущественное право въ объективномъ смыслѣ, т. е. предметы имущественнаго обладанія, не подверглось никакому нарушенію; оно осталось въ прежнихъ размѣрахъ и нисколько не уменьшилось. Слѣд., здѣсь нѣтъ матерьяльнаго измѣненія имущества, потери имущественной цѣнности, которая составляетъ необходимое условіе мошенничества.

Однако практика многихъ германскихъ государствъ не признаетъ его необходимымъ, что объясняется неловкостью редакціи законодательствъ тѣхъ государствъ, упоминающей объ имущественной прибыли какъ послѣдствіи мошенничества только въ субъективномъ составѣ его и довольствующихся для объективнаго состава «поврежденіемъ чужаго имущества» безъ болѣе точнаго опре-

дѣленія этого признака. Таково именно прусское уложеніе § 241: «кто съ корыстнымъ намѣреніемъ повреждаетъ чужое имущество» обманомъ, тотъ» и пр. Въ виду такой редакціи прусская судебная практика расчленяетъ оба элемента преступнаго послѣдствія — ущербъ и прибыль, превращаетъ послѣдній въ «корысть» (Gewinn) и видитъ наличность его во всякомъ улучшеніи имущественнаго положенія виновнаго (jede Verbesserung der Vermögenslage), между прочимъ и въ полученіи права временно распоряжаться какою бы то ни было вещью, въ полученіи денегъ въ долгъ, хотя бы заемщикъ имѣлъ намѣреніе возратить ихъ и т. под.¹⁾ Это не могло не отозваться и на отношеніи къ имущественному ущербу, требуемому законодательствомъ. Въ самомъ дѣлѣ, наличность его признается во всякомъ ухудшеніи положенія имущественной сферы обманутаго, хотя бы только въ причиненіи преходящаго ущерба, притомъ совершенно безразлично, принадлежитъ ли потерпѣвшему въ данномъ случаѣ право гражданскаго иска или нѣтъ, состоитъ ли ущербъ въ дѣйствительномъ уменьшеніи или только въ опасности уменьшенія имущественной сферы лица²⁾. Впрочемъ, даже германская юридическая литература возстаетъ противъ такого чрезмѣрнаго расширенія состава мошенничества, замѣчая, что для наличности его необходимо требовать не только ухудшеніе или опасность ухудшенія, но дѣйствительное уменьшеніе имущественныхъ правъ обманутаго³⁾.

§ 20. Хотя этотъ признакъ, повторяю, весьма ясно требуется нашимъ законодательствомъ въ общемъ опредѣленіи мошенничества, но нѣкоторыя особенныя постановленія его могутъ возбудить сомнѣнія, не слѣдуетъ ли въ предусматриваемыхъ ими случаяхъ переносить на почву русскаго права взгляды прусской судебной практики. Сюда принадлежатъ ст. 518, 1195 и 1688 Улож. о нак.

Но ст. 518 по точному смыслу ея не ограничивается формальнымъ нарушеніемъ; напротивъ, она требуетъ, чтобъ обманъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ вступленіе обманутаго въ обязательство наняться въ рекруты, слѣд., чтобъ дѣйствительно произошло нарушеніе права лица располагать своимъ трудомъ, имѣющее для не-

¹⁾ Oppenhoff, в. с. н°. 4 къ § 241; тамъ же въ № 6 корыстью, устанавливающею понятіе мошенничества, во всякомъ случаѣ признается посягательство выманить обманомъ отсрочку исполненія по обязательству.

²⁾ Oppenhoff, нп°. 11, 13, 18, 19 и 22 къ § 241.

³⁾ Merkel, Krim. Abhandl. II, 103, 124 и др.

го вредныя послѣдствія, которыя сводятся къ нарушенію имущества въ обширномъ смыслѣ.

То же должно сказать о 1195 ст.; правда, редакція ея: «кто, въ намѣреніи ввести страховое общество въ ошибку, дозволить себѣ какой либо обманъ или подлогъ», далеко не можетъ быть признана удовлетворительною по своей неопредѣленности. Но изъ существа предусматриваемыхъ въ этой и слѣдующей 1196 статьѣ отношеній несомнѣнно слѣдуетъ, что субъектомъ преступленія здѣсь признается страхователь, потерпѣвшимъ — страховое общество; и такъ какъ отношенія страхования имѣютъ чисто имущественный характеръ, то очевидно, что указанная въ ст. 1195 «ошибка» имѣетъ уголовно-юридическое значеніе лишь на столько, на сколько она вызываетъ потерю или возможность имущественной потери на сторонѣ страховаго общества.

Наконецъ и ст. 1688, при всей неудовлетворительности своей редакціи, не можетъ дать сколько нибудь прочныхъ основъ для защиты противоположнаго мнѣнія. Она требуетъ, чтобъ сдѣлка, въ которую вовлекается обманутый, была невыгодна по имуществу, или предпріятія и обороты, въ которые онъ заманивается, были убыточны или, по крайней мѣрѣ, весьма неудобны для него. Слѣдовательно, во всѣхъ предусматриваемыхъ ею случаяхъ законодатель условливаетъ наказуемость не голымъ фактомъ нарушенія свободы распоряженія лица въ его имущественной сферѣ, а напротивъ наличностью при этомъ болѣе или менѣе значительнаго вреда, т. е. наличностью матеріальнаго ущерба. Сомнѣнія въ справедливости этого толкованія, если они и могутъ представиться по поводу употребленія въ этой статьѣ выраженій «убыточной» или «невыгодной», вполне устраняются мотивами редакторовъ проекта Уложенія къ ст. 2133 и 2134 его (ст. 1688, 1689 Улож.). Показавъ неосновательность существовавшей въ Сводѣ Законовъ рубрики «лживыхъ поступковъ» въ виду того соображенія, что ею смѣшивались велѣнія нравственности съ началами юридическими, они продолжаютъ: «На семъ основаніи большая часть обмановъ, или такъ называемыхъ лживыхъ поступковъ, и всѣ тѣ изъ нихъ, которые чаще являются въ гражданской жизни, каковы: обмѣръ, обвѣсъ, обманы въ игрѣ, отнесены нами въ отдѣленіе о воровствѣ-мошенничествѣ. Есть, однакожъ, преступленія, хотя по свойству своему совершенно того-жъ рода, но имѣющія, такъ сказать, особый характеръ, который, по мнѣнію нашему,

долженъ быть отличенъ и указанъ въ законахъ, опредѣляющихъ разные виды нарушенія правъ собственности. Таковы суть подлоги въ письменныхъ актахъ и преступленіе, о коемъ упоминается въ 2133 статьѣ. Оно есть одно изъ самыхъ обыкновенныхъ въ наше время и едва ли не изъ самыхъ вредныхъ, именно злоумышленное черезъ лживыя извѣстія или внушенія побужденіе легковѣрныхъ, легкомысленныхъ или же слабоумныхъ людей къ явно невыгоднымъ по имуществу ихъ сдѣлкамъ». Этимъ редакторы и заканчиваютъ, свидѣтельствуя такимъ образомъ, что указанный признакъ они также имѣли въ виду говоря объ убыточныхъ и неудобныхъ для обманутаго предпріятіяхъ и оборотахъ.

Однако, одинъ изъ видовъ, отнесенныхъ нашимъ общимъ законодательствомъ къ мошенничеству, для состава своего не требуетъ непременно наличность имущественнаго ущерба на сторонѣ обманутаго. Это — продажа питей неклеименными мѣрами. Въ Уложеніи встрѣчаются о немъ два постановленія:

Ст. 698. Виновный въ продажѣ питей неклеименными или хотя клейменными, но невѣрными мѣрами, подвергается: наказаніямъ по статьямъ 1175, 1176, 1177, 1666 и 1667 сего Уложенія и по статьямъ 173—176 устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями.

Отсюда, конечно, еще нельзя заключить, что фактъ продажи питей неклеименными мѣрами уже достаточенъ самъ по себѣ для признанія состава мошенничества; напротивъ, совмѣстное указаніе здѣсь съ постановленіями о мошенничествѣ ст. 1175 Улож., опредѣляющей незначительные денежные штрафы за употребленіе вѣрныхъ, но неклеименныхъ мѣръ и вѣсовъ, показываетъ, что и къ питейнымъ торговцамъ не должны бы имѣть примѣненія законы о мошенничествѣ, если употребленныя ими мѣры были вѣрны или даже больше клейменныхъ. Но этотъ взглядъ — очевидно, единственно вѣрный — опровергается 2-ю ч. 1177 ст. Улож.:

«Продавцы напитковъ, питейному и акцизному сбору подлежащихъ, за употребленіе, при продажѣ оныхъ, неклеименной посуды, подвергаются:

наказанію, опредѣленному за обмѣръ, а найденная посуда немедленно истребляется.»

Другое исключеніе изъ общаго правила, также не могущее подыскать себѣ логическихъ основаній, введено въ систему нашего права деклараціей русскаго министерства иностранныхъ дѣлъ съ французскимъ отъ 6/18 мая 1870, данной въ дополненіе

къ трактату о мореплаваніи и торговлѣ 1857. Согласно ст. 1 ея виновные въ продажѣ или выпускѣ въ обращеніе товаровъ съ знаками французскихъ фирмъ, поддѣланными въ одномъ изъ государствъ, не состоящихъ съ Россіей въ международныхъ торговыхъ обязательствахъ (см. стр. 38), подвергаются отвѣтственности, установленной за мошенничество, хотя бы обманутый вслѣдствіе лучшаго качества проданныхъ товаровъ сравнительно съ товарами той фирмы, за которую они выданы, не понесъ никакого имущественнаго ущерба. Это исключеніе тѣмъ болѣе шатко, что рядомъ съ нимъ въ нашемъ законодательствѣ существуетъ противоположный вѣрный взглядъ для тѣхъ же случаевъ, если только поддѣлка совершена въ Россіи или въ одномъ изъ государствъ, состоящихъ съ нею въ международныхъ торговыхъ трактатахъ. Такимъ образомъ декларація ⁶/₁₈ мая создала въ нашемъ правѣ по одному и тому же вопросу два противоположныя теченія, очевидно только потому, что составители ея упустили изъ виду ст. 1354 Улож., болѣе соотвѣтствующую существу предусматриваемыхъ ею отношеній, чѣмъ законы о мошенничествѣ ¹⁾.

§ 21. Такимъ образомъ имущественный ущербъ, какъ непремѣнное условіе мошенничества, можетъ имѣть мѣсто только при дѣйствительномъ уменьшеніи имущественныхъ благъ потерпѣвшаго, при изъятіи того или другаго предмета имущественнаго права изъ сферы его юридическаго обладанія. Но въ практикѣ могутъ представиться затрудненія, при какихъ условіяхъ признавать его въ наличности. Остановимся на двухъ случаяхъ этого рода, которые могутъ служить прототипами всѣхъ остальныхъ.

А. посредствомъ обмана въ качествѣ вещи продаетъ Б. вещь, которая дѣйствительно стоитъ данный за нее эквивалентъ, но которую покупатель не купилъ бы, еслибъ продавецъ вѣрно указалъ ему качества вещи.

А. посредствомъ обмана побуждаетъ Б. совершить какое либо дѣйствіе, которое, не нарушая еще его имущества, ставитъ, однако, послѣднее въ опасность такимъ образомъ, что дѣйствительное нарушеніе его зависитъ отъ обстоятельства будущаго, могущаго послѣдовать за обманомъ и подчиниться которому Б. рѣшился только вслѣдствіе обмана.

1) При представленіи виновнымъ полного эквивалента за выманенное имущество, очевидно, нѣтъ въ наличности имуществен-

¹⁾ См. передовую статью въ Суд. Вѣстн. 1870 № 174.

наго вреда, потери имущественной цѣнности, такъ какъ одна вещь замѣняется другою равноцѣнною. Иначе ставятъ этотъ вопросъ нѣкоторые французскіе криминалисты. Такъ Мильонъ ¹⁾ говоритъ: «Однако причиненіе имущественнаго вреда и полученіе противозаконной имущественной прибыли суть два понятія самостоятельныя, независимыя одно отъ другаго. Легко представить себѣ, что обманъ имѣлъ мѣсто, что продавецъ извлекъ изъ него пользу и, однако, покупщикъ, вслѣдствіе счастливыхъ коммерческихъ случайностей, не можетъ пожаловаться, что онъ претерпѣлъ отъ этого какой либо вредъ. Возможны даже случаи, гдѣ онъ имѣетъ интересъ быть обманутымъ для того, чтобъ привлечь своего противника на скамью подсудимыхъ.» Ясно, однако, что Мильонъ въ этой тирадѣ — которую онъ опираетъ на практику французскихъ судовъ низшихъ инстанцій — смѣшиваетъ вещи совершенно различныя. Коммерческія случайности, конечно, не должны имѣть вліянія на опредѣленіе состава преступленія; тутъ важно то положеніе вещей, которое создалось непосредственно вслѣдъ за обманомъ какъ его послѣдствіе. А въ приводимыхъ Мильономъ случаяхъ, очевидно, предполагается причиненіе имущественнаго ущерба обманомъ. Съ другой стороны, рассматриваемый вопросъ не слѣдуетъ запутывать внесеніемъ въ него вопроса совершенно посторонняго — на сколько необходимо обольщеніе для состава мошенничества, такъ какъ въ такомъ именно видѣ должно формулировать второе положеніе Мильона, по которому наказуемый обманъ не устраняется даже тогда, когда потерпѣвшій имѣетъ интересъ быть обманутымъ, т. е. нарочно поддается обману.

Но слѣдуетъ ли при этомъ обращать вниманіе на чисто внѣшнее, объективное соотвѣтствіе между цѣнностью эквивалента и предмета обмана, или, напротивъ, необходимо требовать, чтобъ эквивалентъ представлялъ тѣ именно качества, за которыя платитъ обманутый, чтобъ такимъ образомъ эквивалентъ былъ равноцѣненъ предмету мошенничества съ точки зрѣнія лица, которое считаетъ себя обманутымъ? Приведу два примѣра.

Супруги А. и Б. нуждаются въ дойной коровѣ для молока своему ребенку, В. предлагаетъ имъ свою корову-яловку и продаетъ ее подъ видомъ дойной; но корова по рыночной оцѣнкѣ вполне стоитъ тотъ эквивалентъ, который данъ за нее супругами ²⁾.

¹⁾ Million, Traité des fraudes en matière de marchandise, стр. 34.

²⁾ Этотъ случай встрѣтился въ практикѣ прусскаго оберъ-трибунала, который

Подобный же казусъ встрѣтился въ практикѣ одного изъ судовъ южной Россіи. Казакъ П. привезъ на рынокъ два воза огородины — одинъ съ арбузами, другой съ дынями; житель того города Г. сторговалъ у него возъ съ дынями и велѣлъ привезти его къ себѣ; хотя бывшіе у П. оба воза стоили одинаковую цѣну, но дыни въ тотъ день шли лучше, чѣмъ арбузы, и потому онъ свезъ къ Г. вмѣсто дынь возъ съ арбузами и получилъ за него условленную за дыни плату, сказавъ, что свалилъ въ помѣщеніе Г. именно тотъ товаръ, который продалъ ему.

Не подлежитъ, конечно, сомнѣнію, что въ случаяхъ этого рода обманутый несетъ имущественный ущербъ, получая совершенно не то, за что онъ соглашается передать другому свое имущество; неприкосновенность его имущественныхъ правъ можетъ быть признана только при полномъ соотвѣтствіи получаемого и условленного, такъ какъ только въ такомъ случаѣ его имущество получаетъ желаемое помѣщеніе. Здѣсь нельзя также отрицать и другаго признака преступнаго послѣдствія мошенничества — имущественной выгоды на сторонѣ виновнаго; онъ получаетъ эквивалентъ за предметъ, который для другой стороны не имѣетъ предлагаемой цѣны и котораго не получилъ бы, еслибъ не ввелъ ее въ заблужденіе. Но даже разсматривая этотъ вопросъ съ общей точки зрѣнія, нельзя незамѣтить, что такое его разрѣшеніе возможно лишь подъ однимъ непремѣннымъ условіемъ: необходимо, чтобъ виновный признавалъ существенную важность для потерпѣвшаго тѣхъ признаковъ предмета сдѣлки, которые перевираются имъ; признавалъ, что предлагаемый имъ предметъ и предметъ условленный не тождественны между собою, хотя бы и были равноцѣнны. Въ противномъ случаѣ нельзя говорить о нарушеніи имъ чужаго имущественнаго права, такъ какъ другая сторона не озаботилась угадать, что именно она желаетъ получить.

Такой именно взглядъ проводится судебною практикою тѣхъ законодательствъ, которыя даютъ послѣдствію мошенничества черезъ-чуръ общую редакцію, опредѣляя его какъ «нарушеніе чужаго имущества» (*Vermögensbeschädigung; das Vermögen eines Anderen.. beschädigt*). Она не имѣетъ права требовать ничего боль-

призналъ его мошенничествомъ, такъ какъ пріобрѣтеніемъ яловки покупатель не пріобрѣлъ того, за что онъ уплатилъ эквивалентъ, слѣд. понесъ имущественный вредъ. Oppenhoff, die Rechtsprechung des königlichen Obertribunals, 1870, стр. 758.

ше, кромѣ какого бы то ни было нарушенія чужихъ имущественныхъ интересовъ, хотя бы общая сумма стоимости имущества обманутаго до обмана и послѣ него не представляла никакого различія.

Что же касается русскаго права, то по точному смыслу его постановленій даже въ случаяхъ этого рода невозможно признавать уголовнопреступное мошенничество, такъ какъ наше законодательство вводитъ признакъ опредѣленной цѣнности имущества, ставшаго предметомъ нарушенія, какъ необходимое условіе этого преступленія, и степенить по нему наказаніе. Цѣнность же предмета мошенничества, какъ увидимъ, опредѣляется по рыночной оцѣнкѣ, а не по субъективнымъ взглядамъ потерпѣвшаго, и при предъявленіи эквивалента опредѣляется разницею между предметомъ нарушенія и стоимостью эквивалента. Поэтому коль скоро эта разница равняется нулю или даже представляетъ собою, по обыкновенной въ этихъ дѣлахъ рыночной оцѣнкѣ, отрицательную величину, то о нарушеніи чужаго имущества и приобрѣтеніи выгоды, подлежащихъ уголовной ререссіи, не можетъ быть рѣчи.

Могутъ возразить, что тоже обстоятельство — цѣнность похищеннаго — имѣетъ значеніе и въ кражѣ; что, однако, здѣсь равноцѣнность оставленнаго виновнымъ эквивалента съ предметомъ покражи нисколько не подрываетъ наказуемости. Напримѣръ, я хотѣлъ купить у Б. вещь, которая стоитъ 30 руб., но которую онъ не согласился продать мнѣ; я краду ее у Б. и въ вознагражденіе его оставляю на мѣстѣ преступленія 30 руб. Однако, выполнѣ соглашаясь, что въ данномъ случаѣ дѣйствіе виновнаго представило бы наличность всѣхъ условій кражи, мы не видимъ правильного основанія переносить тотъ-же взглядъ и на мошенничество. Дѣло въ томъ, что дача эквивалента при кражѣ составляетъ дѣйствіе совершенно постороннее преступленію, между тѣмъ какъ въ разсматриваемыхъ видахъ мошенничества оно входитъ въ составъ самаго преступленія. Здѣсь дача эквивалента виновнымъ опредѣляетъ дѣйствіе потерпѣвшаго, слѣд. она необходима для причинной связи обмана съ послѣдстіемъ; въ кражѣ, напротивъ, она имѣетъ лишь характеръ случайнаго вознагражденія за причиненный ущербъ, а это вознагражденіе по общимъ началамъ не устраняетъ преступности, ослабляя только наказуемость.

Въ виду представленныхъ соображеній я не могу признать вѣрнымъ взглядъ спб. судебной палаты и окружнаго суда, высказан-

ный въ дѣлѣ Аѳанасьева и Миллера и не опровергнутый, однако и не поддержанный кас. сенатомъ (V, 304). Дѣяніе ихъ состояло въ томъ, что, зная о невозможности получить изъ государственнаго банка ранѣе 1871 года деньги по билету московской сохранной казны за № 11201 стоимостью въ 2,200 руб. сер., скрыли о томъ при закладѣ этого билета штабсъ-ротмистру Попатенко, чѣмъ и выманили у него 1,500 руб. серебромъ — И Палата, и Судъ признали здѣсь мошенничество и примѣнили сюда ст. 1666 улож. о наказ., между тѣмъ какъ въ дѣяніи Аѳанасьева и Миллера нѣтъ существеннаго условія этого преступленія — похищенія чужаго имущества въ смыслѣ такого посягательства, которое въ своемъ результатѣ имѣетъ уменьшеніе объема предметовъ имущественнаго права другого лица. Послѣ дѣянія Аѳанасьева и Миллера объемъ предметовъ имущественнаго права Попатенко не только не уменьшился, но даже увеличился, такъ какъ онъ получилъ закладъ, значительно превышавшій выданную за него сумму; избытокъ заклада покрывалъ даже законные проценты, которые могли нарости на 1500 руб. до 1871 года, слѣдовательно, Попатенко не подвергался никакому имущественному ущербу. Палата, очевидно, увлеклась наличностью въ дѣлѣ обмана и сопровождавшею его дачею денегъ, забывъ, что въ мошенничествѣ необходимо обращать вниманіе и на цѣнность предъявляемаго виновнымъ эквивалента какъ на составную часть преступленія.

Но, въ свою очередь, отъ случаевъ, гдѣ разница между предъявленнымъ эквивалентомъ и выманимымъ имуществомъ представляетъ безконечномалую (нуль) или даже отрицательную цѣнность, должно отличать тѣ случаи, гдѣ ее невозможно опредѣлить въ точности на деньги. Совершенно достаточно, если судъ можетъ признать, что эта разница имѣетъ мѣсто во вредъ потерпѣвшаго. Взглядъ этотъ принятъ и практикой кассационнаго сената, который требуетъ отъ судовъ по существу производство оцѣнки лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ точное обозначеніе ея имѣетъ легальное вліяніе на величину наказанія; въ другихъ же достаточно общее признаніе судомъ, что она имѣетъ цѣну. — Любопытный въ этомъ отношеніи казусъ сообщенъ Никитинымъ въ Судебномъ Вѣстникѣ 1870, № 304; на заглавномъ листѣ изданнаго Анисимовымъ 5 изд. Судеб. Уставовъ было сказано, что въ него вошли выписки изъ рѣшеній кас. департаментовъ сената за 1870 годъ; прикащикъ Анисимова на вопросъ Никитина, торговавшаго кни-

гу, подтвердилъ, что въ нее дѣйствительно вошли выписки изъ рѣшеній того года. Вслѣдствіе такихъ сообщеній Никитинъ купилъ экземпляръ книги, но въ дѣйствительности оказалось, что заявленія прикащика и заглавнаго листа были ложны ¹⁾. Хотя невозможно установить разницу въ цѣнѣ данной Никитинымъ суммы и стоимостью 5 изд. Суд. Уст. безъ выписокъ изъ кассационныхъ рѣшеній 1870, но, очевидно, она существуетъ и потому примѣненіе къ подобному дѣйствию узаконеній о мошенничествѣ не можетъ подлежать сомнѣнію. — Трудность или даже невозможность опредѣленія стоимости предмета нарушенія представляетъ б. ч. тѣхъ видовъ мошенничества, которые имѣютъ усиленный общественный интересъ, посягая на имущество неопредѣленнаго множества гражданъ; таковы, напр., печатаніе мнимыхъ или ложныхъ телеграммъ для спекуляціи биржевою игрой, долговременное употребленіе завѣдомо невѣрныхъ мѣръ и вѣсовъ въ общественномъ торгѣ и т. под. Поэтому если даже признавать степеніе наказуемости мошенничества по стоимости предмета нарушенія, имѣющимъ разумное значеніе то его во всякомъ случаѣ слѣдуетъ отбросить въ этихъ видахъ мошенничества.

И такъ, если данный виновнымъ эквивалентъ по рыночной оцѣнкѣ равноцѣненъ или даже превышаетъ выманный предметъ, то составъ мошенничества оказывается неполнымъ. Мы не думаемъ, однако, утверждать, что въ этихъ случаяхъ обманутый по русскому праву долженъ оставаться при послѣдствіяхъ обмана. Напротивъ, законъ (ст. 1516 т. Хеч. 1 зак. гражд.) гарантируетъ его имущественную неприкосновенность гражданскимъ искомъ, освобождая лишь другую сторону отъ уголовной отвѣтственности.

2) Уменьшеніе объема предметовъ имущественнаго права какъ послѣдствіе мошенничества можетъ имѣть мѣсто лишь при дѣйствительной передачѣ того или другаго предмета имущественнаго права въ руки виновнаго, непосредственно или посредствомъ предоставленія ему права требовать отъ обманутаго какое либо имущество въ опредѣленномъ будущемъ. Напротивъ, если дѣяніе виновнаго имѣетъ лишь своимъ послѣдствіемъ поставленіе имущественныхъ интересовъ другаго въ опасность, а наступленіе или ненаступленіе дѣйствительнаго вреда зависитъ отъ обстоятельства будущаго, то мошенничество не имѣетъ мѣста. Напр., Я

¹⁾ Опроверженіе Анисимова въ Судеб. Вѣст. 1870 № 306.

беру деньги въ займы съ обязательствомъ уплатить ихъ къ определенному сроку, утверждая тѣмъ мою состоятельность, между тѣмъ какъ я очень хорошо знаю, что я не имѣю денегъ и не рассчитываю ни откуда получить ихъ; я продаю принадлежащій мнѣ чужой долгъ, зная, что должникъ не въ состояніи уплатить его; я притворно перевожу мое имущество другому лицу для избѣжанія платежа долга въ срокъ (дѣло Волейко) или обманомъ добиваюсь отсрочки исполненія по обязательству, не лишая, однако, обманутаго возможности требовать должное съ меня. Здѣсь нельзя видѣть мошенничества, такъ какъ имущественная потеря, случись она въ дѣйствительности, обусловлена не обманомъ, а обстоятельствомъ, слѣдующимъ за нимъ и необусловленнымъ имъ — несостоятельностью къ уплатѣ лица, обязаннаго предъ обманутымъ и тому под. Опасность же для имущественной сферы еще не тождественна съ имущественной потерей.

Какъ ни легко, однако, указаніе этого начала въ теоріи, на практикѣ оно можетъ подать поводъ ко многимъ недоразумѣніямъ. Случаи безразличные съ точки зрѣнія уголовного правосудія могутъ отличаться отъ случаевъ преступныхъ такими тонкими чертами, подмѣтить которыя очень трудно. Но попытаемся сдѣлать это.

а) Прежде всего является вопросъ, какъ нужно относиться къ выманиванію средствъ доказательства того или другаго имущественнаго права, отличая ихъ отъ тѣхъ знаковъ, которые по закону имѣютъ значеніе представителей имущественныхъ цѣнностей (долговая росписка, вексель и т. под.) и выманиваніе которыхъ, какъ мы видѣли, несомнѣнно относится къ мошенничеству. Средства доказательствъ еще не суть предметы имущественнаго права и выманиваніе ихъ, по этому, еще не уменьшаетъ объема предметовъ имущественнаго права обманутаго, дѣлая лишь возможнымъ въ будущемъ такое уменьшеніе. Но иногда эти средства доказательствъ поставлены закономъ въ ряду принадлежностей чужаго имущества; таковы межевыя книги и всякаго рода акты относительно недвижности и т. д.; и такъ какъ принадлежности входятъ въ общее понятіе имущества, то выманиваніе ихъ должно признать нарушеніемъ цѣлости предметовъ чужаго имущественнаго права. Однако, какъ скоро отпадаетъ это положительное основаніе, обязывающее относить къ мошенничеству выманиваніе средствъ доказательствъ, то послѣднія, не составляя имущества

въ смыслѣ гражданскихъ законовъ, не могутъ быть признаны предметомъ мошенничества. Кромѣ этого основанія и въ подтвержденіе той же мысли я позволю себѣ обратить вниманіе еще на слѣдующее соображеніе. Выманиваніе средствъ доказательствъ есть подготовительная ступень для побужденія суда гражданского признать существующія отношенія несуществующими, т. е. оно гарантируетъ лишь возможность виновному съ большимъ успѣхомъ давать на судѣ гражданскомъ ложныя показанія. А такъ какъ послѣднія не входятъ въ составъ мошенничества и не объявляются теперь преступными, то тоже самое съ гораздо большимъ основаніемъ слѣдуетъ примѣнить и къ отношеніямъ, составляющимъ ихъ подготовительную ступень. Кромѣ того, кто поручится, что выманенное средство доказательства было пригодно для убѣжденія суда въ достовѣрности отношеній, на которыя претендуетъ потерпѣвшій? Кто, съ другой стороны, разрѣшитъ вопросъ, какъ поступать въ случаѣ когда у обманутаго остались другія средства, совершенно достаточныя для доказательстважелаемаго имъ? Видѣть здѣсь покушеніе нельзя, потому что дѣйствіе виновнаго еще не направляется прямо на предметъ преступленія; остается признать покушеніе на покушеніе.

б) Другіе случаи этого же рода формулируются какъ выманиваніе чужаго имущества не за мнимый эквивалентъ — потому что потерпѣвшій и подъ вліяніемъ обмана не высказываетъ намѣренія отказаться отъ своего имущества безвозвратно, — а за мнимое обезпеченіе. Но если въ силу существа возникающихъ между обманутымъ и обманщикомъ отношеній вознагражденіе за выданное имущество полагается въ указанномъ обезпеченіи, то въ концѣ концовъ обманъ въ обезпеченіи сводится къ обману въ эквивалентѣ. При этомъ безразлично, какихъ сторонъ обезпеченія касался обманъ, лишь бы именно изъ за нихъ лице выдавало свое имущество завѣдомо для обманщика.

Но нельзя забывать, что имущественный оборотъ общества въ значительной степени построенъ на рискѣ, при чемъ сторона очень хорошо сознаетъ, что, вступая въ сдѣлку, она подвергаетъ себя опасности имущественной потери и нерѣдко беретъ лишній процентъ за этотъ рискъ. Нѣкоторыя сдѣлки по существу своему предполагаютъ такое согласіе подчиниться риску. Введеніе въ него, очевидно, неимѣетъ ничего общаго съ обманомъ и должно быть строго отличаемо отъ тѣхъ случаевъ, когда сторона желаетъ

и думаетъ, что она устранила всякій рискъ, будучи обманута мнимымъ матеріальнымъ обезпеченіемъ, которое будто бы само по себѣ достаточно для осуществленія его юридической претензіи. Нѣсколько частныхъ примѣровъ пояснятъ нашу мысль.

А. получаетъ деньги въ заемъ у Б. подъ заемное письмо; выдачею его А. утверждаетъ свою имущественную состоятельность къ моменту платежа, но оказывается, что онъ очень хорошо зналъ противное. Такимъ образомъ онъ получилъ деньги Б. за обезпеченіе клочкомъ бумаги, не имѣющимъ никакой цѣны. Хотя бы впослѣдствіи кредиторъ дѣйствительно не получилъ никакого удовлетворенія по документу, но онъ не можетъ считать себя обманутымъ; обезпеченіе, полученное имъ за свои деньги, имѣетъ дѣйствительное юридическое значеніе, въ его рукахъ—требовать исполненіе по нему и если въ данномъ случаѣ исполненіе задерживается неостоятельностью должника къ уплатѣ, то такой случай кредиторъ предвидѣлъ и долженъ былъ предвидѣть: онъ ограничился только личнымъ обезпеченіемъ, довѣріемъ къ должнику и, ограничиваясь имъ, подвергъ себя риску на случай неостоятельности его.

Тоже должно сказать, когда исполненіе стало невозможнымъ вслѣдствіе неостоятельности поручителя. Ограничиваясь личнымъ довѣріемъ къ поручителю, кредиторъ сознательно подвергъ себя риску и потому не можетъ жаловаться на обманъ. Дѣло, конечно, не измѣняется, хотя бы должникъ и поручитель увѣряли, что они будутъ въ состояніи уплатить должное ¹⁾.

Напротивъ, если кредиторъ выдаетъ деньги за обезпеченіе, которое онъ только вслѣдствіе обмана считаетъ дѣйствительно обезпечивающимъ его имущественные интересы, то отвѣтъ долженъ быть другой. Такъ если лице беретъ у него въ заемъ, выдавая заемное обязательство чужимъ именемъ, или выдавая своего поручителя за богатаго банкира воспользовавшись тѣмъ, что они однофамильцы, или выдавая обманомъ закладъ мнимый, несоотвѣтствующій уговору, то наличность мошенничества стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія. Здѣсь потеря условливается не рискомъ, связаннымъ съ существомъ данной сдѣлки, а обманомъ въ фактическихъ признакахъ обезпеченія, показывающимъ, что виновный имѣлъ намѣреніе выманить чужое имущество; здѣсь так. обр. не только пос-

¹⁾ Ниже мы будемъ имѣть случай указать еще одно соображеніе въ подкрѣпленіе такого отвѣта.

тавление въ опасность, но дѣйствительное нарушеніе имущественныхъ правъ другаго.

Съ высказанными мною взглядами соглашается и наша судебная практика. Она, съ одной стороны, признаетъ, что поставленіе чужихъ имущественныхъ интересовъ въ опасное положеніе не тождественно съ нарушеніемъ ихъ и не достаточно для состава мошенничества. Начало это весьма часто высказывалось Угол. Кассац. Сенатомъ (см. § 2); съ нимъ соглашается и граждан. кассацион. департаментъ въ рѣшеніи по дѣлу Алексѣева, Григорьева и Евдокимова (III, 883), гдѣ признано, что продажа имущества послѣ совершенія на него запродажи другому лицу не составляетъ мошенничества¹⁾. — Съ другой стороны, еще болѣе ясно проводится взглядъ, что обманъ въ фактическихъ признакахъ обезпеченія, составляющихъ условіе передачи обманутымъ своего имущества другому лицу, входитъ въ понятіе мошенничества. Такъ Львовъ признанъ былъ виновнымъ въ томъ, что, придя въ магазинъ № 143 Гостиного двора, сторговалъ различныя вещи на сумму менѣе 300 р. и, съ намѣреніемъ ихъ себѣ присвоить, согласилъ прикащика отпустить ему вещи въ долгъ посредствомъ ложнаго увѣренія его въ томъ, что онъ князь Шаховской и имѣетъ домъ въ Б. Морской, куда просилъ прислать ему счетъ этимъ вещамъ, подписанный имъ для сего вымышленнымъ именемъ; Окружной Судъ примѣнилъ къ его дѣйствию ст. 171, 173 Уст. о Нак. и 1667 Улож. о Нак., съ чѣмъ согласился и Угол. Кас. Сенатъ, поправивъ лишь ссылки суда указаніемъ 2 п. 174 ст. Уст. о Нак. (V, 239). Точно также закладъ двухъ простыхъ лисьихъ мѣховъ подъ видомъ чернобурыхъ (II, 368), покушеніе дать въ залогъ долга ящикъ съ двумя чугунными кусками подъ видомъ ящика съ часами наказаны по постановленіямъ о мошенничествѣ. Притомъ, это направленіе судебной практики вытека-

¹⁾ По ст. 1416 т. X ч. I Зак. Гр. признается незаконнымъ и подвергается продавца отвѣтственности по 1669 ст. Улож. о Нак. продажа одного и того же имѣнія разнымъ лицамъ съ выдачею крѣпостныхъ актовъ. Но этого случая въ данномъ дѣлѣ не представлялось; въ виду Палаты были два акта: условіе 14 іюня 1864 года, которымъ Зиновьевъ обязывался право собственности на принадлежащую ему землю передать, посредствомъ крѣпостнаго акта, крестьянамъ Алексѣеву, Григорьеву и Евдокимову черезъ три года, подъ условіемъ исправнаго платежа разсроченной цѣны за имѣніе, и купчая крѣпость на продажу Зиновьевымъ той же земли крестьянину Васильеву. Первый актъ заключалъ только предварительную сдѣлку, осуществленіе которой зависѣло отъ извѣстныхъ обстоятельствъ; поэтому Палата имѣла правильное основаніе отказать въ примѣненіи ст. 1669 Улож. о Наказ.». *

еть изъ прямыхъ указаній нашего законодательства: ст. 1705 Улож. о Наказ. и 173 Уст. о Наказ. приравниваютъ обманы въ предметѣ заклада къ обманамъ въ предметѣ купли—продажи.

§ 22. Имущественный ущербъ имѣетъ двѣ формы: *damnum emergens* и *lucrum cessans*. Первая означаетъ уменьшеніе сферы предметовъ чужаго имущественнаго права изъятіемъ одного или многихъ такихъ предметовъ, уже вошедшихъ въ кругъ чужихъ цѣнностей; въ русскомъ правѣ эта форма выражается терминами «вредъ», «ущербъ» въ тѣсн. смыслѣ. Вторая, напротивъ, состоитъ въ томъ, что вслѣдствіе какого либо обстоятельства потерпѣвшій лишается возможности увеличивать свое имущество производительною силою этого-же имущества, напр. теряетъ проценты, право на приплодъ, лишается возможности получать надлежащій доходъ съ своего имущества вслѣдствіе уничтоженія или поврежденія доходныхъ статей его и пр.¹⁾; для этой формы въ нашемъ правѣ существуетъ особый терминъ — «убытокъ»²⁾. Спрашивается, могутъ ли быть предметомъ мошенничества та и другая форма, или только одна изъ нихъ?

Для разрѣшенія этого вопроса необходимо припомнить, что по закону предметомъ мошенничества можетъ быть всякое имущество, подлежащее нарушенію посредствомъ обмана; что для этого не необходима матеріальная, тѣлесная вещь, и что напротивъ, передача всякаго имуществ. права можетъ установить понятіе мошенничества. И такъ какъ возможны случаи, когда лице несетъ только убытки, не теряя самой вещи, причемъ, однако, теряемое въ формѣ убытковъ переходитъ къ другой сторонѣ въ формѣ самостоятельныхъ цѣнностей, то мы не видимъ никакого основанія выдѣлять ихъ изъ мошенничества. См. выше, ч. II § 14. Поэтому если А. посредствомъ обмана выманилъ у Б. въ заемъ деньги безъ процентовъ, или аренду недвижимаго имущества, или право собирать плоды съ его сада, или купоны 5% банковыхъ билетовъ и т. под., то А. можетъ быть привлеченъ къ ответственности за мошенничество.

Но при этомъ необходимо замѣтить, что уголовный судья долженъ обращать вниманіе только на тѣ ущербъ и убытки, которые произошли непосредственно вслѣдствіе обмана и перехо-

¹⁾ Arndts, Lehrbuch der Pandekten, изд. 1865, § 206.

²⁾ Таганцевъ, о вознагражденіи за вредъ и убытки, Ж. М. Ю. 1866 № 9, стр. 409 и слѣд.

дять къ виновному вслѣдствіе и посредствомъ обмана какъ самостоятельная имущественная цѣнность, увеличивающая собою сферу предметовъ его имущественнаго обладанія. Напротивъ, ущербъ и убытки, нанесенные имуществу потерпѣвшаго не обманомъ, а другими слѣдующими за нимъ дѣйствіями виновнаго, стоятъ внѣ вопроса о мошенничествѣ. Напр. А. посредствомъ обмана получилъ наемное право въ недвижимомъ имуществѣ на одинъ годъ; затѣмъ, владѣя имъ, А. повредилъ различныя постройки и другіе источники доходности, вслѣдствіе чего на слѣдующій годъ собственникъ получилъ меньше доходовъ, чѣмъ долженъ былъ получить; ущербъ и убытки, происшедшіе отъ этихъ позднѣйшихъ дѣйствій А., не должны быть принимаемы во вниманіе при опредѣленіи цѣны предмета мошенничества, такъ какъ они обусловливаются не обманомъ.

Само собою разумѣется, что наличность ущерба и убытковъ какъ послѣдствіе обмана имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда потерпѣвшій вознаграждаетъ свою потерю вслѣдствіе коммерческихъ случайностей и другихъ причинъ. Здѣсь важно то положеніе вещей, которое вызвано обманомъ, а не другими независящими отъ воли дѣятеля обстоятельствами. Если поэтому А. продалъ астраханскій виноградъ подъ видомъ заграничнаго, болѣе цѣннаго въ минуту купли-продажи, то позднѣйшее паденіе цѣны на заграничный или возвышеніе ея на астраханскій виноградъ не оказываетъ никакого вліянія на понятія ущерба и убытковъ, происшедшихъ вслѣдствіе обмана ¹⁾.

§ 23. Имущественной потерѣ на одной сторонѣ должна соответствовать имущественная прибыль на другой, такъ что теряемое потерпѣвшимъ вслѣдствіе обмана переходитъ къ виновному или другимъ лицамъ по его указанію. Законодательства французской и англійской системы понимаютъ ее именно въ смыслѣ прибавки къ имущественнымъ цѣностямъ виновнаго на счетъ предметовъ имущ. обладанія потерпѣвшаго. Напротивъ, въ законодательствахъ Германіи редакція постановленій по этому вопросу менѣе счастлива. а) Нѣкоторыя изъ нихъ требуютъ ее не совокупно, а альтернативно съ нарушеніемъ чужаго имущества, такъ что мошенничествомъ можетъ быть признано даже полученіе какой либо «выгоды» (Vortheil) обманомъ безъ ущерба для

¹⁾ Million, Traité des fraudes en matières de marchandise, Paris, 1858, стр. 34 и 35.

имущества другого. Неосновательность ихъ же указана мною (§ 5). б) Самое существо прибыли понято не вѣрно; для обозначенія ея з—ва или употребляютъ болѣе широкій терминъ «выгода», прибавляя къ ней выраженія «недозволенной», «противозаконной», «противорѣчащей имущественнымъ правамъ другого лица»; или (какъ прусское, сѣверогерманское и др.) довольствуются указаніемъ этого признака въ субъективномъ составѣ мошенничества, требуя, чтобъ поврежденіе чужаго имущества руководилось корыстнымъ намѣреніемъ; ясно, что и въ послѣднемъ случаѣ понятіе прибыли сводится къ понятію выгоды (Vorteil). Легко видѣть, однако, что онѣ далеко не тождественны и послѣднее не можетъ имѣть юридическаго значенія именно вслѣдствіе своей обширности. Подъ прибылью мы понимаемъ превращеніе чужаго имущества въ сферу своихъ цѣнностей; выгода же обнимаетъ всякое увеличеніе имуществ. средствъ лица, которое онъ успѣлъ достичь какимъ бы то ни было примѣненіемъ своихъ силъ и способностей или случайными обстоятельствами. А. крадетъ вещь стоимостью въ 5 р., но сбываетъ ее за 20 потому, что сдѣлалъ въ ней нѣкоторыя измѣненія, или успѣлъ найти покупателя, которому эта вещь очень понравилась; прибылью отъ кражи въ уголовноюридическомъ смыслѣ, по которой опредѣляется и наказуемость, очевидно должно признать 5, а не 20 р. Или: А. выманилъ у Б. какую либо вещь стоимостью въ 200 р., пустилъ ее въ лотерею и получилъ 400; прибыль составляетъ 200 р., остальные 200 входятъ въ болѣе широкое понятіе выгоды и, конечно, не могутъ вліять на наказуемость мошенничества. Съ другой стороны, выгода можетъ быть меньше прибыли, можетъ даже доходить до нуля, если вычесть изъ стоимости прибыли цѣну издержекъ, потраченныхъ виновнымъ на совершеніе преступленія; и однако это не устраняетъ примѣненія уголовного закона. Очень часто виновный не успѣваетъ еще извлечь какую бы то ни было выгоду изъ чужаго имущества, что не устраняетъ возможности признать его дѣйствіе совершившимся преступленіемъ, когда предметы чужаго права перешли уже въ его обладаніе (прибыль).—Дѣло нисколько не выигрываетъ въ опредѣленности при обозначеніи выгоды словомъ «недозволенная», потому что этотъ терминъ имѣетъ не столько юридическое, сколько моральное значеніе. Обозначая же ее какъ противозаконную, мы сталкиваемся съ новымъ вопросомъ:

должно ли считать противозаконною всякую выгоду, принесенную имуществомъ, перешедшимъ къ виновному путемъ преступленія, или для этого необходимы еще особыя условія на сторонѣ самой выгоды? Слѣд. этотъ терминъ не уясняетъ, а еще болѣе запутываетъ вопросъ. Представьте себѣ, что А. укралъ заступъ стоимостью въ 45 коп., но при помощи его обработалъ свою землю, что принесло для его хозяйства выгоды на 30 руб.; должно ли видѣть въ ней выгоду противозаконную какъ обусловленную противозаконнымъ дѣйствіемъ—кражею заступа, или нѣтъ? Мы приводили примѣры имущественной выгоды и потому не считаемъ нужнымъ особо доказывать, что и та редакція, въ которой выгода опредѣляется какъ «противозаконная имущественная», не можетъ быть признана удовлетворительной.—в) То обстоятельство, что поврежденіе чужаго имущества производится съ корыстнымъ побужденіемъ, еще не достаточно для состава мошенничества, если вы хотите создать изъ этого преступленія паралель кражи, подвергая то и другое одинаковымъ наказаніямъ. Напр. А. истребляетъ образцы другаго фабриканта, приготовленные на выставку, съ намѣреніемъ доставить первенство своимъ образцамъ, или побуждаетъ его не посылать образцовъ посредствомъ ложнаго сообщенія, что выставка отмѣнена, отсрочена и т. под.; хотя эти дѣйствія представляютъ поврежденіе чужаго имущества съ корыстнымъ намѣреніемъ, однако онѣ не могутъ занять мѣсто въ составѣ мошенничества. Причина неумѣстности такой редакціи, очевидно, лежитъ въ томъ, что корысть какъ стимулъ дѣйствія относится къ области мотивовъ, могущихъ играть въ уголовномъ правосудіи только второстепенную роль.

На основаніи представленныхъ соображеній я считаю возможнымъ сдѣлать два замѣчанія. 1) Послѣдствіе мошенничества на сторонѣ виновнаго должно представляться въ видѣ имущественной прибыли, а не въ видѣ имущественной выгоды въ общ. смыслѣ. Подъ прибылью-же слѣдуетъ разумѣть пріобрѣтеніе предметовъ чужаго имущ. обладанія, увеличеніе имущ. цѣнностей виновнаго включеніемъ въ нихъ цѣнностей, представляемой утеряннымъ имуществомъ потерпѣвшаго. При этомъ однако безразлично, рассчитываетъ-ли виновный оставить у себя эти цѣнности, употребить ихъ въ свою пользу, или намѣренъ немедленно передать ихъ другому. 6) Признакъ имущественной прибыли въ законодательствѣ долженъ находить выраженіе въ редакціи объек-

тивной стороны преступленія—когда рѣчь идетъ о преступномъ послѣдствіи; напротивъ, ограничиваясь упоминаніемъ его въ субъективной сторонѣ, з—ль рискуетъ ввести неопредѣленность въ составъ мошенничества и разрушить солидарность, которая должна существовать между имущ. правонарушеніемъ съ одной и имущ. прибылью съ другой стороны и вслѣдствіе которой теряемое потерпѣвшимъ пріобрѣтается виновнымъ. Только при этихъ условіяхъ можно говорить о мошенничествѣ, какъ о дополненіи кражи ¹⁾).

§ 24. Въ этомъ именно смыслѣ понимаетъ русское законодательство имущественную прибыль какъ признакъ мошенничества, выражая его требованіемъ, чтобы чужое движимое имущество было похищено виновнымъ, перешло въ область его имущественныхъ цѣнностей. Но высказывая его со всею яркостью въ общемъ опредѣленіи, оно, къ сожалѣнію, не проводитъ его по всей системѣ съ тою послѣдовательностью, которая такъ желательна въ уголовномъ уложеніи. Нельзя не замѣтить, однако, что большая часть уклоненій отъ этого начала суть мнимыя уклоненія, объясняясь совершенно достаточно неопредѣленностью редакціи постановленій Улож. о Наказ. Къ группѣ мнимыхъ уклоненій относятся:

Ст. 1688 Улож. о Наказ.; ея редакція—побужденіе съ невыгодной по имуществу сдѣлки, или вовлеченіе въ убыточные или по крайней мѣрѣ весьма неудобныя предпріятія или обороты—можетъ дать поводъ думать, что здѣсь для наказуемости не требуется направленіе дѣйствія на полученіе прибыли. Этотъ взглядъ въ самомъ дѣлѣ былъ высказанъ въ нашей судебной практикѣ въ приведенномъ выше дѣлѣ Аѳанасьева и Мюллера, и притомъ проводникомъ его явилась защита подсудимыхъ. Но не таковъ дѣйствительный смыслъ этой статьи. Она предусматриваетъ не поврежденіе чужаго имущества путемъ вовлеченія другаго лица въ обязательство, а корыстную дѣятельность, направленную на поживу чужимъ имуществомъ. За наше мнѣніе говоритъ какъ занимаемое ст. 1688 мѣсто въ ряду корыстныхъ нарушеній чужаго имущества, такъ и приведенныя выше (§ 20) соображенія редакторовъ проекта Уложенія; они видѣли полное сходство между мошенничествомъ и побужденіемъ обманомъ къ дачѣ обязательствъ,

¹⁾ См. также Merkel, Krim. Abhandl. II, 103 и слѣд.

объясняя посвященіе ему особой статьи лишь особенностью въ способѣ дѣйствія, предполагающемъ вовлеченіе въ письменное обязательство какъ орудіе выманиванія чужаго имущества.

Ст. 655 Улож.: «когда изъ главныхъ запасовъ или изъ главныхъ запасныхъ магазиновъ соль будетъ отпускаема не на указный вѣсъ, то виновный и участвовавшіе въ семъ преступленіи подвергаются наказаніямъ, опредѣленнымъ за мошенничество». Но и здѣсь требуется полученіе или посягательство получить имущественную прибыль вслѣдствіе такого обмѣра, что подтверждается дѣлаемою въ этой статьѣ ссылкой на 1665 и др. ст. Уложения и 173—176 Уст. о Нак.—Тоже замѣчаніе относится и къ 656 ст. Улож.

Ст. 1195 Улож.; см. § 20, а. Изъ сказаннаго тамъ слѣдуетъ, что и въ этомъ случаѣ необходима имущественная прибыль на сторонѣ виновнаго.

Ст. 1198 Улож. по способу дѣйствія предусматриваетъ совершенно иное преступленіе, чѣмъ мошенничество, хотя и въ ней требуется имущественная прибыль. Наконецъ тоже должно сказать о ст. 518 Улож., такъ какъ хотя виновный въ обманѣ дѣйствуетъ здѣсь не въ виду собственныхъ интересовъ, а въ интересахъ нанимателя рекрута, но это—по общимъ правиламъ о соучастіи—не измѣняетъ дѣла.

Дѣйствительныя же отклоненія отъ указаннаго начала встрѣчаются въ ст. 698 и 1176 Улож. о Наказ., по кот. виновные въ продажѣ питей неклеименными мѣрами наказываются какъ за обмѣръ, совершенно независимо отъ того, какова была дѣйствительная величина употребленныхъ виновнымъ мѣръ¹⁾; ст. 174 п. 5 Уст. о Наказ., которая довольствуется какой бы то ни было противузаконной, хотя и не имущественной выгодой.

§ 25. При наличности имущественной потери на одной и имущественной прибыли на другой сторонѣ для понятія наказуемаго мошенничества совершенно безразлична, была-ли велика или мала такая прибыль (см. слѣдующій §). Наше законодательство вовсе не вводитъ опредѣленнаго минимума ея, ни прямо, ни косвенно, исходя изъ той совершенно вѣрной мысли, что указаніе его всегда можно будетъ упрекнуть въ произволѣ. Это въ самомъ дѣлѣ подтвердилось на примѣрѣ тѣхъ теорій, которыя пытались выставить размѣръ ущерба и прибыли границей между наказуемымъ и ненаказуемымъ обманомъ.

Такъ Клейншродъ, ставя условіемъ наказуемости обмана, чтобъ онъ представлялъ опасность для всего общества или для многихъ членовъ его, въ предложенномъ имъ проектѣ баварскаго уложенія находилъ возможнымъ наказывать лишь тѣ обманы, стоимость предмета которыхъ превышала 25 гульденовъ; но почему же 25, а не 30 или не 250? Кромѣ того, указанная Клейншродомъ цифра не разрѣшаетъ въ общемъ правилѣ ни степени объективной важности обмана—такъ какъ для богача эта цифра ничтожна, а для бѣдняка ощутительна и менѣе крупная; ни степени субъективной виновности,—такъ какъ эта послѣдняя зависитъ отъ того, похитилъ ли виновный необходимое для своихъ насущныхъ потребностей или служащее ему для праздної роскоши, а мѣра потребностей не у всѣхъ лишь одинакова.—Ашбахъ ¹⁾, послѣдователь Миттермайера и принимавшій дѣятельное участіе въ составленіи дѣйствующаго баденскаго уложенія, различаетъ *Vortheil* и *Uebervortheilung*; полученіе первой посредствомъ обмана не наказуемо, но если *Vortheil* переходитъ въ *Uebervortheilung*—высшую степень обогащенія на счетъ чужаго имущества,—то наказаніе имѣетъ вполне раціональное основаніе. Однако, эти основныя понятія, на которыхъ Ашбахъ строитъ разграниченіе наказуемаго и ненаказуемаго обмана, у него вовсе не опредѣлены, да и не могли быть опредѣлены по существу ихъ. Въ продажѣ мишуры за золотую ткань онъ видитъ *Uebervortheilung*, а въ продажѣ вина низшаго сорта за вино высшаго—*Vortheil*, между тѣмъ тамъ и здѣсь есть обманъ въ качествѣ, сопровождавшійся ущербомъ на одной и прибылью на другой сторонѣ. См. также главу II, подраздѣленіе III.

Нѣкоторыя постановленія нашего законодательства могутъ подать поводъ думать, что и оно слѣдуетъ теоріи Ашбаха. Такъ Уст. Торговый (т. XI Св. Зак.) постановляетъ:

Ст. 2800. Тѣ, у которыхъ будутъ найдены невѣрные или неклеименные вѣсы и мѣры, или открыты другія, къ сему предмету относящіяся злоупотребленія, подвергаются сужденію по законамъ.

Примѣчаніе. Невѣрность, за которую подлежатъ суду тѣ, у коихъ найдутся невѣрные аршины, мѣры емкости и гири, не относится къ малымъ разностямъ, составляющимъ въ аршинахъ на $\frac{1}{8}$ вершка, въ мѣрахъ на $\frac{1}{8}$ процента и въ гиряхъ пудовыхъ и фунтовыхъ менѣе одной восьмой золотника на фунтъ; въ мелкихъ же гиряхъ, изображающихъ подраздѣленія фунта, можетъ быть терпима слѣдующая разность: въ 48 зо-

¹⁾ См. часть I, § 49.

лотниковой 6 долей, въ 24 золотниковой 4 доли, въ 12 золотниковой 3 доли, въ 6—3 и въ 2 золотниковой по двѣ доли на каждую и въ однозолотниковой 1 доля.

Но уже указаніе различныхъ величинъ въ приведенномъ постановленіи свидѣтельствуешь, что оно не имѣетъ своею задачею разграничить наказуемыя и ненаказуемыя дѣйствія по большей или меньшей стоимости нанесеннаго ими имущественнаго ущерба. А принявъ въ соображеніе, что ст. 2800 устанавливаетъ полицейскій проступокъ держанія невѣрныхъ мѣръ и вѣсовъ, мы получаемъ и тотъ мотивъ, которымъ руководился законъ давая приведенное правило. Онъ установилъ его, сознавая, что въ жизни трудно достигнуть математической точности и потому было бы жестоко наказывать за неисполненіе недостижимаго. Съ другой стороны, такія мелкія разницы, какъ указанные въ примѣчаніи къ ст. 2800, даютъ сильное предположеніе за отсутствіе со стороны виновнаго знанія ихъ и умышеннаго пользованія ими.

IV. Предметъ мошенничества какъ цѣнность и опредѣленіе цѣны его.

§ 26. Юридическій терминъ «имущество» соотвѣтствуетъ экономическому «цѣнность». То и другое выражаютъ одни и тѣ же понятія, только рассматриваемыя съ различныхъ точекъ зрѣнія. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что предметъ мошенничества есть цѣнность, стоящая подъ юридической охраной. — Отношеніе данной цѣнности къ цѣнности, съ которой сравниваются всѣ другія, есть цѣна; поэтому всякое имущество должно имѣть цѣну, т. е. должно быть возможнымъ предметомъ оборота. Можетъ случиться, однако, что вслѣдствіе своей малозначительности цѣнность данной вещи невозможно выразить денежными знаками, имѣющими дѣйствительное обращеніе въ обществѣ; напр. горсть сѣна, навоза, клочекъ бумаги и пр. И такъ какъ карательныя послѣдствія назначаются лишь за нарушеніе отношеній, имѣющихъ какое либо значеніе для общества, то очевидно онѣ не могутъ имѣть мѣста при такихъ нарушеніяхъ, достоинство и значеніе которыхъ для общества совершенно неуловимы и предметы которыхъ не могутъ быть предметомъ имущественнаго оборота уже потому, что для выраженія стоимости ихъ общество не имѣетъ надлежащихъ денежныхъ знаковъ. А такъ какъ, отказываясь чеканить монету менѣе самой мелкой, выпускаемой монетными дво-

рами, государство свидетельствуетъ этимъ, что цѣнности, стоящія меньше ея, не имѣютъ никакой важности для общества (иначе потребность, существующая въ обществѣ, вызвала бы и болѣе мелкую монету), то я предлагаю считать цѣну наименьшаго денежнаго знака, существующаго въ государствѣ наименьшею возможною цѣною предмета имущественныхъ преступленій. Думаю, что это предложеніе меньше другихъ можетъ подвергнуться упреку въ произволъ и съ достаточною ясностью вытекаетъ изъ существа монетной системы государства. Странно и позорно для юстиціи, въ самомъ дѣлѣ, было бы увидѣть на скамьѣ подсудимыхъ человѣка, обвиняемаго въ кражѣ одной соломинки или гвоздя, относительно цѣны котораго эксперты затрудняются отвѣтить, стоитъ ли онъ $\frac{1}{20}$ или $\frac{1}{30}$ копѣйки ¹⁾).

Иной вопросъ, на сколько большая или меньшая цѣна данной, цѣнности, подлежащей оцѣнкѣ на денежные знаки, должна составлять легальное обстоятельство, опредѣляющее наказуемость. Замѣтимъ прежде всего, что пока русское право стояло на національной почвѣ, оно не ставило наказуемость имущественныхъ преступленій и строгость ея въ зависимость отъ большей или меньшей цѣны предмета преступленія. Ни уставныя и губныя грамоты, ни судебники, ни наконецъ Соборное Уложеніе не придаютъ ей значенія обстоятельства, опредѣляющаго преступность и наказуемость этихъ преступленій. Начало это есть принадлежность нѣмецкаго права съ любимыми имъ внѣшними мѣрками, по которымъ оно разъ на всегда и съ математическою точностью хотѣло оцѣнить всѣ разнообразныя оттѣнки виновности; но даже германскія уложенія новѣйшаго порядка признали неудовлетворительность этого старогерманскаго начала и предпочли ему французское. У насъ оно впервые появляется — но только для кражи — въ воинскихъ артикулахъ, нѣмецкое происхожденіе которыхъ извѣстно всякому; затѣмъ указъ 1781 закрѣпилъ это начало и за мошенничествомъ, придавъ ему значеніе не только въ военной (какъ было до него), но и въ гражданской сферѣ правосудія. Но различіе цѣны въ нашемъ правѣ оказывало вліяніе лишь на строгость

¹⁾ Неклюдовъ, Руководство, II, 30, также стоитъ противъ наказуемости такихъ случаевъ, но не указываетъ предлагаемой мною объективной мѣрки, замѣняя ее въ высшей степени неопредѣленною субъективною: — есть ли основаніе признать въ дѣйствіи виновнаго корыстное побужденіе или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ наказуемость должна имѣть мѣсто, хотя бы похищенная цѣнность не могла быть оцѣнена на денежные знаки безъ дробленія ихъ, во второмъ — нѣтъ.

наказанія, а не на наличность или отсутствіе его. Въ историческомъ очеркѣ мы имѣли уже случай замѣтить, что установленіе закономъ тѣхъ или другихъ цифръ всегда было дѣломъ произвола, и потому-то цифры эти подвергались весьма частымъ измѣненіямъ; что въ послѣднее время замѣтно чрезвычайно сильное стремленіе къ уменьшенію чрезвычайной дробности видовъ кражи и мошенничества по цѣнѣ похищеннаго, которая существовала прежде. Мало того, редакторы Улож. о нак. имѣли счастливую мысль совершенно уничтожить легальное значеніе этого обстоятельства, но ихъ удержало замѣчаніе «практиковъ», что были (очевидно, единичные) случаи, когда воръ намѣренно кралъ вещи на меньшую сумму, избѣгая болѣе цѣнной покражи въ виду болѣе строгаго наказанія. Такимъ образомъ только мотивъ устрашенія, съ такимъ успѣхомъ опровергнутый въ послѣднее время, удержалъ нашихъ законодателей совершенно отказаться отъ этого нѣмецкаго начала, выброшеннаго въ послѣднее время даже лучшими нѣмецкими уложеніями.

Легко видѣть въ самомъ дѣлѣ, что оно не выдерживаетъ самой снисходительной критики. 1) Похищая вещь, виновный далеко не всегда знаетъ цѣну ея, слѣд. величина наказанія опредѣляется обстоятельствомъ, которое не только не зависитъ отъ воли, но даже отъ знанія лица. 2) Одна и та же цифра цѣны для различныхъ лицъ имѣетъ далеко не одинаковое значеніе: для богача потеря 300 р. можетъ быть менѣе чувствительна, чѣмъ для бѣдняка потеря 50 к.; слѣд., при этой системѣ величина наказанія опредѣляется не дѣйствительною, а фиктивною, предполагаемою важностью вреда, далеко не всегда оправдывающеюся обстоятельствами. Горю пытались (Кукумусъ) помочь предложеніемъ другаго масштаба оцѣнки, замѣчая, что слѣдуетъ обращать вниманіе не на разъ на всегда опредѣленные цифры, а на цифровое отношеніе похищеннаго имущества ко всему имуществу потерпѣвшаго; но опредѣлить послѣднее въ высшей степени затруднительно, очень часто совсѣмъ невозможно. 3) Съ другой стороны, цифра цѣны похищеннаго или присвоеннаго имущества не можетъ также, независимо отъ другихъ обстоятельствъ, свидѣтельствовать о степени внутренней виновности, такъ какъ большая или меньшая степень корысти опредѣляется не голымъ фактомъ цѣны похищеннаго, а значеніемъ ея въ виду того положенія и тѣхъ потребностей, которое занимаетъ виновный и которыя опредѣляютъ его дѣйствіе.

Такимъ образомъ цѣна предмета преступленія не можетъ свидѣтельствовать сама по себѣ ни о субъективной, ни объ объективной преступности даннаго дѣйствія. Наконецъ, 4) сюда же должно прибавить тѣ многообразныя, нерѣдко непреодолимыя затрудненія, которыя неминуемо встрѣтитъ судъ при опредѣленіи цѣны похищеннаго ¹⁾.

Какъ бы то ни было, въ настоящее время русское право придаетъ юридическое значеніе двумъ цифрамъ: 50 коп. и 300 руб. Первая цифра имѣетъ мѣсто какъ въ простомъ, такъ и въ квалифицированныхъ мошенничествахъ; вторая—только въ мошенничествѣ неквалифицированномъ по способу дѣйствія; наконецъ, особенные виды мошенничества, не включенные буквою законодательства въ это преступленіе и относимые къ нему нами въ виду сходства составовъ ихъ, наказываются совершенно независимо отъ большей или меньшей цѣны причиненнаго ущерба и полученной прибыли; сюда относятся случаи, предусмотрѣнные ст. 518 ч. II, 933—935, 1688, 1699, 1700 и 1705 Улож. о наказ.

§ 27. Цѣна предмета преступленія опредѣляется по масштабу внѣшнему; именно съ одной стороны принимается во вниманіе только стоимость выманеннаго предмета имущественнаго права въ моментъ перехода его изъ рукъ потерпѣвшаго въ руки виновнаго; съ другой—въ спорныхъ случаяхъ она опредѣляется людьми посторонними, экспертами (рыночная цѣна), а не показаніемъ потерпѣвшаго, какъ предписывало наше законодательство прежняго времени. Поэтому очевидно, что стоимость предмета преступленія можетъ разниться:

1) отъ стоимости ущерба, причиненнаго имуществу потерпѣвшаго дѣйствіями виновнаго, а тѣмъ болѣе отъ стоимости убытковъ, такъ какъ тотъ и другіе могутъ разниться отъ рыночной цѣны предметовъ, перешедшихъ къ виновному какъ послѣдствіе его преступленія. Примѣры перваго рода см. у Неклюдова, Руководство, II, 653; объ убыткахъ см. § 22;

2) отъ стоимости имущественной выгоды, полученной виновнымъ вслѣдствіе своего преступленія; см. § 23.

Правила для опредѣленія цѣны похищеннаго см. вообще у Неклюдова, в. с. 652—657. Особенности относительно мошенничества не многочисленны и условливаются тѣмъ, что ви-

¹⁾ См. также Спасовича, о воровствѣ-кражѣ, Ж. М. Ю. 1860 № 1 и Миттермайера въ Neues Archiv d. Criminalrechts, 1852, стр. 321 и слѣд.

новный получает чужое имущество въ замѣнъ представляемаго имъ эквивалента, напр. при обманахъ въ количествѣ и качествѣ. Въ этихъ случаяхъ также должно исходить изъ того общаго начала, что цѣна предмета преступленія опредѣляется стоимостью утраченнаго, потеряннаго; поэтому здѣсь цѣна выражается разностью дѣйствительной стоимости выманеннаго съ стоимостью даннаго за нее эквивалента. Это правило признаетъ и уг. к. р. III, 865 по дѣлу Матвѣева.—Однако, оно знаетъ одно исключеніе въ виду особаго вида мошенничества, введеннаго деклараціей нашего министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ $\frac{6}{18}$ мая 1870 года; здѣсь цѣна предмета преступленія опредѣляется не разностью данной виновнымъ и условленной стоимости, а цифрою ущерба, который понесъ фабрикантъ вслѣдствіе нарушенія его права фирмы.

Наконецъ замѣтимъ, что по к. р. III, 116 производство оцѣнки похищеннаго или присвоеннаго обязательно для суда только въ тѣхъ случаяхъ, когда различіе цѣны по закону оказываетъ вліяніе на наказуемость, т. е. когда возникаетъ вопросъ о похищеніи до 50 коп. или болѣе 300 руб.; и притомъ, если дѣло разсматривается въ мировыхъ установленіяхъ, то участіе свѣдущихъ людей обязательно только при признаніи судомъ наличности условій, указанныхъ въ ст. 112 Уст. Угол. Суд. (к. р. V, 414).

ГЛАВА II.

СПОСОБЪ ДѢЙСТВІЯ ВЪ МОШЕННИЧЕСТВѢ.

Feci, sed jure feci.

I. О значеніи способа дѣйствія въ составѣ преступленія вообще. § 28. Интересы личной свободы, имѣющіе право на такое же уваженіе со стороны законодателя какъ и интересы общественной пользы, требуютъ включеніе способа дѣйствія въ рядъ условій преступленія. — § 29. Взгляды гг. Чебышева-Дмитріева и Таганцева. — II. Способъ дѣйствія въ мошенничествѣ. Понятіе и содержаніе обмана. § 30. Понятіе обмана; лживыя обѣщанія; высказываніе личныхъ мнѣній. — § 31. Мѣрки отграниченія обмана отъ увлеченія будущими обстоятельствами. — § 32. Русское право не ставитъ условіемъ мошенничества, чтобы обманутый отказывался отъ своего имущества съ намѣреніемъ передать его въ полное распоряженіе виновнаго. Противоположный взглядъ г. Неклюдова не имѣетъ прочныхъ основъ. — § 33. Его не раздѣляетъ и наша судебная практика. — § 34. Но послѣдняя иногда смѣшиваетъ обманъ съ лживыми обѣщаніями, основываясь на невѣрномъ пониманіи 2 п. 174 ст. уст. о наказ. и противорѣча сама себѣ. Практическое указаніе для разграниченія ихъ. — § 35. Обманъ долженъ относиться къ обстоятельствамъ, имѣющимъ или выдаваемымъ за имѣющія объективное существованіе. Личныя мнѣнія; обманы въ т. н. относительно опредѣленныхъ качествахъ. — § 36. Обманъ мошенничества имѣетъ своимъ содержаніемъ эквивалентъ, за который выдается имущество. Обманы въ существованіи, количествѣ и качествахъ предмета сдѣлки. Обманы въ цѣнѣ его. — § 37. Обманы въ лицѣ и личныхъ качествахъ. — § 38. Обманы въ юридическихъ нормахъ; — въ обстоятельствахъ сокровенныхъ: въ намѣреніи, мотивахъ и чувствахъ. — § 39. Обстоятельства существенныя и безразличныя какъ содержаніе обмана. — III. Формы обмана и поле дѣятельности его. — § 40. Обманы словесныя и письменныя; отличіе послѣднихъ отъ подлога. — § 41. Обманы путемъ печати. — § 42. Обманы дѣйствіемъ. Смѣшанныя формы. Молчаніе какъ средство обмана. — § 43. Отрицательныя обманы (бездѣйствіе). — § 44. Упущенія, соединенныя съ обманомъ и нарушающія имущественныя права. — § 45. Договорныя отношенія какъ поле мошенничества. Притворныя сдѣлки. Могутъ ли быть обманутыми лица, лишенныя распознавательной способности? IV. Границы уголовнопреступнаго обмана. — § 46. Взглядъ на исторію. — § 47. Ограниченія уголовнопреступнаго обмана по предмету. — § 48. По способу дѣйствія; теоріи лишенія гражд. защиты, нормальнаго и индивидуальнаго благоразумія. — § 49. Теоріи народнаго чувства справедливости и легальнаго указанія наказуемыхъ обманныхъ уловокъ. — § 50. Всѣ онѣ чужды дѣйствующему русскому праву. — § 51. Шаткость нашей судебной практики въ этомъ вопросѣ. — § 52. Обманъ какъ способъ дѣйствія мошенничества есть понятіе юридическое; выводы изъ этого для постановки вопросовъ и для компетентности кассационныхъ учрежденій. — V. Похищеніе въ мошенничествѣ. § 53. О значеніи слова «похищеніе» вообще. — § 54. О похищеніи въ примѣненіи къ мошенничеству.

I. О значеніи способа дѣйствія въ составѣ преступленія вообще.

§ 28. Уголовное правосудіе имѣетъ своею задачею служить интересу общественному; въ этихъ видахъ государство беретъ

на себя власть опредѣлять, какія дѣйствія преступны, т. е. несогласны съ требованіями общественной нравственности причиня вредъ обществу, и преслѣдуетъ ихъ принудительнымъ порицаніемъ общества въ формѣ наказанія. Но служа интересу общественному, уголовный законъ обращаетъ свои предписанія къ частнымъ лицамъ; ихъ интересъ состоитъ въ томъ, чтобъ знать напередъ во всей точности, что запрещено уголовнымъ закономъ, и имѣть возможность сообразовать съ нимъ свои дѣйствія; — чтобъ ихъ признавали заслуживающими наказанія только при наличности условій, которыя устраняютъ сомнѣніе въ виновности и приводятъ къ несомнѣнному убѣжденію въ ней, основанному на средствахъ распознаванія, доступныхъ земнымъ трибуналамъ; — чтобъ наконецъ наказаніе назначалось лишь за дѣйствія, дѣйствительно способныя причинить вредъ обществу и выказывающія опасность для него дѣятеля. Оба эти интереса — общественный и личный — равно священны, оба заслуживаютъ полное вниманіе законодателя.

Первый требуетъ отъ него преслѣдованіе всѣхъ нарушеній; онъ стремится замѣнить раздоръ спокойствіемъ, необезпеченность безопасностью во всѣхъ отношеніяхъ общественной жизни, не обращая вниманія на причины такихъ раздора и необезпеченности. Онъ хочетъ только, чтобы средства, выбираемые законодательствомъ, были вполнѣ достаточны для парализованія этихъ причинъ. Второй, напротивъ, настойчиво требуетъ болѣе точнаго анализа ихъ; исторія вмѣненія есть между прочимъ одна изъ страницъ исторіи борьбы его съ крайнимъ общественнымъ интересомъ; другую страницу, не менѣе интересную и рисующую совершенно иную картину вслѣдствіе закона постепенности развитія способности къ обобщенію, представляетъ исторія способа дѣйствія какъ одного изъ условій преступленія. Ясно въ самомъ дѣлѣ, что личный интересъ долженъ былъ равнодушно отнестись къ этому вопросу; для него далеко не все равно, грозитъ ли законъ наказаніемъ за опредѣляемые имъ дѣйствія или за указываемыя въ немъ нарушенія тѣхъ или другихъ правоотношеній. Болѣе выгодный для интереса общественнаго, второй путь гораздо глубже вторгается въ область личной свободы, чѣмъ первый: онъ караетъ не нѣкоторыя только дѣйствія, нарушающія данный пучекъ отношеній, а всевозможныя дѣйствія способныя привести къ этому результату безъ обозначенія ихъ въ отдѣльности. Вмѣ-

стѣ съ тѣмъ этотъ второй путь не безъ основанія показался въ высшей степени опаснымъ для личнаго интереса и потому, что онъ послѣдовательно ведетъ къ системѣ изслѣдованія виновности, весьма близко напоминающей грозной памяти инквизицію. Въ самомъ дѣлѣ, личный интересъ имѣетъ вполне законное основаніе потребовать, чтобъ въ противоположность моральной ни для кого не обязательной оцѣнѣ уголовное правосудіе ограничивалось основами достовѣрности, въ разсмотрѣніи которыхъ земной трибуналъ оказывался бы вполне компетентнымъ; а это можетъ быть признано только при внѣшнераспознаваемости основъ, на которыхъ строится юридическое заключеніе. Исходя изъ этого начала, личный интересъ отвоевалъ у инквизиціи преслѣдованіе невыразившагося во внѣ намѣренія; потому-же онъ возсталъ противъ квалифікаціи религіозныхъ преступленій какъ преступленій противъ божества. На томъ же основаніи онъ имѣетъ право потребовать, чтобъ составъ преступленія расширялся не на всякій способъ дѣйствія, ограничиваясь такими, которые приводятъ и могутъ приводить къ несомнѣнному убѣжденію въ причинной связи дѣйствія и воли съ послѣдствіемъ. Въ самомъ дѣлѣ, хотя судъ никогда не долженъ выходить изъ предположенія виновности за обвиняемымъ, но констатированіе преступнаго намѣренія очень трудно, да и не слѣдуетъ отдѣлять отъ того внѣшняго дѣйствія, которое его выражаетъ, такъ что большая или меньшая увѣренность въ наличности его зависитъ отъ характера внѣшняго дѣйствія лица, отъ способа дѣятельности. А. видитъ Б., цѣлится въ него и стрѣляетъ; дѣйствіе его такъ ясно, такъ видимо направляется къ преступной цѣли, что для всякаго очевидно его преступное намѣреніе и чтобъ не признать его, нужны другія данныя, придающія внѣшней обстановкѣ дѣла иной смыслъ. Но представьте, что А. убиваетъ Б. неотдачею ему долга; фактъ невозвращенія долга не выражаетъ и не можетъ выражать намѣренія на убійство, для доказательства наличности его нужны особыя данныя, изъ которыхъ только съ опасностію значительной погрѣшности (благодаря отдаленію ихъ отъ дѣйствія лица или отсутствію видимой связи съ послѣдствіемъ) можно сдѣлать заключеніе о преступномъ намѣреніи ¹⁾. Противъ такой ненадежности судебныхъ

¹⁾Merkel, Krim. Abh. II, 128: Die rechtliche Qualifikation des Willens bestimmt sich nach der positiven oder negativen Resultaten, auf welche er, und nach der Art und Weise, in welcher er auf sie gerichtet ist.

приговоровъ и возстаетъ личный интересъ, заставляя законодателя признать за способомъ дѣйствія значеніе одного изъ условій преступленія.—Наконецъ, личный интересъ настаиваетъ на ограниченіи наказуемости случаями, представляющими дѣйствительную опасность для обществія; соглашаясь, что критеріумомъ ея служить разладъ дѣятеля съ отношеніями, стоящими подъ юридической охраной, онъ однако далекъ отъ мысли, будто это критерій единственный. Рядомъ съ нимъ онъ указываетъ преступное направленіе воли и такой характеръ дѣятельности, который при данныхъ условіяхъ общественной жизни представляется удобнымъ для нарушенія, а потому опаснымъ для прочности правъ, интересующихъ общество. Преслѣдованіе дѣйствій, неудовлетворяющихъ этимъ требованіямъ, онъ называетъ неумѣстной охраной, послѣдствія которой могутъ быть болѣе гибельны, чѣмъ даже нарушеніе охраняемыхъ ею отношеній.

Эти требованія личнаго интереса находили тѣмъ охотнѣе признаніе въ законодательствѣ, чѣмъ глубже было проникнуто данное государство сознаніемъ, что свобода общественная непосредственно опирается на свободу личную и что не человѣкъ существуетъ для государства, а государство для человѣка. Юридическая литература также поддержала ихъ, отводя—сознательно или невольно—способу дѣйствія солидное мѣсто въ составѣ преступленія, и притомъ или вмѣстѣ съ другими элементами ¹⁾, или даже совершенно независимо отъ нихъ ²⁾. Но обыкновенно литература не ставила прямо этого вопроса, и до сихъ поръ, ес-

¹⁾ Hälschner, System d. preusz. Strafrechts, I, § 1: различіе между гражданской и уголовной неправдой лежитъ не въ сознательности или безсознательности причиненія неправды, а только въ предметѣ ея и въ юридическомъ значеніи дѣйствія. Зегеръ, Abhandl. стр. XVIII: преступленіе есть нарушеніе правоавторитарнаго порядка самаго по себѣ, основное вторженіе въ право. См. также Unger, System d. österreichis. allgem. Privatrechts. II, § 109; Temme, Lehrbuch des schweizersich. Strafrechts, стр. II; Меркель. Abhandl. II, 81, 128; Шталь, Фриррейхъ (см. ч. I § 57) и другіе нѣмецкіе криминалисты, не говоря уже о французскихъ и англо-американскихъ. Такъ Тиссо, Le droit pénal étudié dans ses principes, Paris 1860, не разъ возвращается къ признаку внѣшней распознаваемости, какъ условію наказуемости дѣйствія; его на научную почву поставилъ уже Росси, выходявшій изъ требованія, чтобы кругъ дѣятельности судовъ былъ ограниченъ областью внѣшнихъ фактовъ. Описательная форма англ. законовъ общеизвѣстна.

²⁾ Извѣстна теорія, по которой Gewalt и Betrug, vis u. fraudes суть основныя и даже исключительныя формы уголовной неправды, при которыхъ только и возможно наказуемое нарушеніе какихъ бы то ни было правъ. См. Cusanius, Programm über das Verbrechen des Betrugs, 1820, §§ 5—7; Abegg, Lehrbuch d. Strafrechtswissenschaft, 1836, § 184 и др. Конечно, это направленіе не можетъ похвалиться удовлетворительностью; см. выше ч. II § 3.

ли кто и затронулъ его въ такъ наз. общей части уголовного права, то это сдѣлано мелькомъ безъ указанія тѣхъ важныхъ выводовъ, которые вытекаютъ изъ этого взгляда и тѣхъ основъ, на которыя онъ опирается; только въ особенной части криминалисты подробнѣе занимались разработкою вопроса, какими дѣйствіями можетъ быть совершено то или другое преступленіе, т. е. какой способъ дѣйствія требуется составомъ его.

§ 29. Заслуга наиболѣе ясной постановки вопроса о способѣ дѣйствія какъ объ одномъ изъ условій общаго состава преступленія принадлежитъ русской наукѣ въ лицѣ одного изъ дѣятелей ея, г. Чебышева-Дмитріева. «Возможность или невозможность совершить правонарушеніе извѣстнымъ родомъ дѣятельности не является единственнымъ критеріемъ, на основаніи котораго дѣятельность признается преступной или не преступной. Законъ не признаетъ преступными множество путей, которыми столь-же вѣрно достигается правонарушеніе какъ и дѣйствіями преступными. Самоубійцей, напр., считается не тотъ, кто отвергаетъ медицинскую помощь и вслѣдствіе этого умираетъ, а тотъ, кто утопится, удавится и пр. Безсильный, дряхлый старикъ, бросающійся на сильнаго молодого человѣка съ намѣреніемъ задушить его, представляетъ гораздо менѣе шансовъ совершить задуманное преступленіе, нежели беременная дѣвушка, желающая уничтожить послѣдствія своей любви поднятіемъ тяжести и усиленной физической работой: между тѣмъ первый наказуемъ, вторая — нѣтъ» ¹⁾. Однако, какъ пачинатель, г. Чебышевъ-Дмитріевъ не твердъ въ терминологіи поднятаго имъ вопроса, говорятъ «о способѣ дѣятельности», то «путяхъ ея», то даже о «средствахъ правонарушенія», совершенно не различая этихъ понятій. Между тѣмъ средства и способъ дѣйствія существенно разнятся между собою: первыя означаютъ орудія, выбранныя виновнымъ для совершения преступленія; второй — совокупность отдѣльныхъ чертъ самаго дѣйствія, которымъ виновный стремится нарушить охраняемые закономъ отношенія.

Въ виду ли этой непрочности въ терминологіи, или потому, что ни законъ, ни литература прежняго времени не указывали на способъ дѣйствія съ такою ясностью и твердостью, какъ г. Чебышевъ-Дмитріевъ, его взглядъ вызвалъ совершенно противо-

¹⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, о покушеніи, Спб. 1866, стр. 118, 119; тотъ же взглядъ онъ развиваетъ въ Суд. Вѣст. 1870 № 62.

положную теорію г. Таганцева. Преступность, по его мнѣнію, опредѣляется наличностью охраняемаго уголовнымъ закономъ предмета нарушенія и качествомъ внутренней стороны дѣйствія, въ какомъ бы внѣшнемъ дѣйствіи она ни проявилась; требуется только, чтобъ это внѣшнее дѣйствіе стояло въ причинной связи съ запрещеннымъ послѣдствіемъ, но въ доказываніи ея судъ не долженъ быть стѣсненъ никакими ограниченіями. За способомъ дѣйствія г. Таганцевъ не признаетъ никакого юридическаго значенія. Желая быть послѣдовательнымъ, онъ поэтому долженъ былъ ввести наказуемое психическое убійство и даже отказался признать за способомъ дѣйствія значеніе обстоятельства, увеличивающаго или уменьшающаго строгость наказанія ¹⁾. Но возраженія уважаемаго автора противъ начала, развитаго г. Чебышевымъ-Дмитріевымъ, далеко не имѣютъ характера серьезной критики ²⁾, а его собственная теорія противорѣчитъ несомнѣннымъ даннымъ исторіи уголовного права и повсюднымъ уголовнымъ уложеніямъ и законамъ теперешней Европы.

Наиболѣе ясно юридическое значеніе способа дѣйствія въ имущественныхъ преступленіяхъ. Ни одинъ уголовный кодексъ не охраняетъ своими постановленіями неприкосновенность имущественныхъ правъ вообще, а только, какъ справедливо замѣтилъ г. Чебышевъ-Дмитріевъ, неприкосновенность ихъ отъ опредѣленнаго способа дѣйствія, каковы кража, мошенничество, разбой, грабежъ и пр. Всякій другой способъ нарушенія тѣхъ-же правъ можетъ вызывать лишь гражданскій искъ, но не уголовныя послѣдствія; легко можетъ статься, что дѣятель послѣдней группы имѣетъ болѣе твердое намѣреніе нарушить чужое право, чѣмъ дѣятель первой, обнимающей наказуемые способы нарушенія, и однако это вовсе не можетъ служить основаніемъ для примѣненія къ нему карательныхъ мѣръ. Тоже вліяніе способа дѣйствія проглядываетъ и въ другихъ болѣе важныхъ нарушеніяхъ, не исключая даже преступленій противъ жизни; это основывается на слѣдующемъ. Г. Таганцевъ требуетъ для состава преступления причинную связь внѣшняго дѣйствія и воли съ послѣдствіемъ; тре-

¹⁾ Таганцевъ, О преступленіяхъ противъ жизни по русскому праву. Спб. 1870 т. I №№ 82 и 116

²⁾ Онъ довольствуется замѣчаніемъ, что буква закона не говоритъ будто-бы о способѣ дѣйствія какъ условіи преступленія и требуетъ отъ Чебышева-Дмитріева перечня тѣхъ средствъ, какія онъ считаетъ дозволенными и какія недозволенными.

бование совершенно основательное и получившее уже давно право гражданства въ наукѣ. Но очевидно, что для юридической отвѣтственности наличность причинной связи должна представляться совершенно достовѣрной; въ этихъ видахъ наука выставила положеніе, что судъ уголовный можетъ обращать вниманіе лишь на ближайшія причины явленія и предостерегаетъ его не переходить разумныхъ предѣловъ; потому-же она можетъ и должна потребовать, чтобы между указываемой причиной и ея предполагаемымъ послѣдствіемъ была очевидная связь, констатированіе которой по признанію общества можетъ быть съ успѣхомъ достигнуто земными судами. А этого-то условія нѣтъ въ такихъ, напр., случаяхъ, какъ выставленіе ученику дурной отмѣтки, послѣ которой онъ умираетъ; рѣзкая рецензія вышедшаго сочиненія, разрушающая экономическое благосостояніе автора его, чего онъ пережить не могъ; обходъ чиновника наградой, вслѣдствіе чего онъ повѣсился и т. под. Наконецъ, наказывая всякій способъ дѣйствія, мы нарушимъ требованіе экономіи карательныхъ мѣръ, долженствующихъ ограничиваться лишь дѣйствіями опасными и вредными для общежитія при данныхъ условіяхъ его строя.

И такъ, въ виду священныхъ интересовъ личной свободы, въ виду разумной экономіи карательныхъ мѣръ, наконецъ, въ виду необходимости добраго согласія суда съ обществомъ, которому угрожаетъ величайшая опасность, если судъ, оставивъ принадлежащее ему поле внѣшнихъ фактовъ, начнетъ постановлять свои приговоры по началамъ моральной оцѣнки, — я не могу согласиться съ теоріей г. Таганцева и гляжу на способъ дѣйствія какъ на одно изъ существеннѣйшихъ условій преступленія.

II. СПОСОБЪ ДѢЙСТВІЯ ВЪ МОШЕННИЧЕСТВѢ. СОДЕРЖАНІЕ ОБМАНА.

§ 30. Способъ дѣйствія мошенничества состоитъ, выражаясь законными терминами, а) въ похищеніи чужаго имущества б) посредствомъ обмана. Такъ какъ признаки перваго опредѣляются здѣсь существомъ втораго, то мы должны начать съ обмана и затѣмъ уже перейти къ похищенію, какъ второй составной части способа дѣйствія мошенничества.

Всѣ акты распоряженія лица своимъ имуществомъ, для признанія за ними юридической дѣйствительности, должны быть основаны на непринужденной волѣ и добровольномъ согласіи его ¹⁾.

¹⁾ Т. X ч. I Зак. Гражд. ст. 569, 700—706 и 1528.

Физическое принужденіе совершить то или другое дѣйствіе есть наиболѣе рѣзкая форма, отрицающая свободу его. Но она не единственна. Свобода дѣятельности необходимо предполагаетъ, что тѣ основы, которыми она руководится, существуютъ не только въ представленіи дѣятеля, но и въ дѣйствительности; — что притомъ онѣ существуютъ объективно въ томъ именно видѣ, въ какомъ ихъ сознаетъ лице, опирающееся на нихъ. Строго говоря, только при полномъ тождествѣ субъективной и объективной обрисовки ихъ, дѣйствительнаго ихъ положенія съ представленіемъ о нихъ лица можно говорить, что оно въ самомъ дѣлѣ хотѣло совершить то именно дѣйствіе, которое совершило, опирая свою распознавательную способность на эти основы ¹⁾. Дѣло принимаетъ совершенно другой видъ, когда онѣ оказываются не истинными, мнимыми. Истинность или неистинность ихъ, значить, разрѣшаетъ вопросъ въ ту или другую сторону.

Но истина сама по себѣ, какъ нѣчто объективно неизмѣнное, какъ дѣйствительность тѣхъ или другихъ фактовъ, не можетъ быть нарушаема. Измѣните эти факты какъ хотите, вы все же не уничтожите истины въ объективномъ смыслѣ, потому что она будетъ слѣдовать за измѣненіями какъ тѣнь за освѣщаемымъ съ одной стороны предметомъ. О нарушеніи, искаженіи истины, слѣд., можно говорить только въ субъективномъ смыслѣ, въ смыслѣ согласія или разлада личнаго представленія о существованіи и образѣ существованія опредѣленныхъ фактовъ съ дѣйствительнымъ положеніемъ ихъ. При согласіи ихъ говорятъ, что основы дѣятельности лица истинны, вѣрны; при разладѣ — что онѣ не истинны, не вѣрны, т. е. не согласны съ дѣйствительностью. Основы дѣятельности съ точки зрѣнія опирающагося на нихъ составляютъ эквивалентъ его дѣйствія, при отчужденіи имущества — эквивалентъ за его имущество или обезпеченіе его; при этомъ совершенно безразлично, имѣетъ ли онъ своимъ предметомъ какія либо матеріальныя вещи или блага не матеріальныя, напр., полученіе права на вступленіе въ бракъ, на поступленіе на государственную службу и т. под. Слѣдовательно, съ точки зрѣнія этого лица мы можемъ формулировать его свободную дѣя-

¹⁾ Споръ о томъ, влечетъ ли ошибка лица юридическую недействительность его дѣйствій съ изначала, или это послѣдствіе имѣетъ другія причины, не относится къ нашему вопросу. Однако, и всѣ новѣйшіе цивилисты признаютъ за ошибкой такое значеніе, когда она обусловлена обманомъ другаго лица. См. Windscheid, Lehrbuch der Pandekten и др. 1870, I, § 78.

тельность какъ такую, которая получаетъ тотъ самый эквивалентъ, на который она рассчитывала; различіе полученнаго и предполагаемаго эквивалента свидѣтельствуесть объ отсутствіи дѣятельности, основывающейся на свободномъ примѣненіи распознавательной способности дѣателя.

Основы для своей дѣятельности, т. е. представленіе о фактахъ, на которые она опирается, лице получаетъ или путемъ непосредственнаго наблюденія и изученія этихъ фактовъ, или свидѣтельствомъ о нихъ другаго лица. Въ томъ и другомъ случаѣ его представленіе можетъ быть вѣрно или невѣрно, согласно съ объективной истиной или несогласно; дѣйствіе его, слѣдов., можетъ быть свободно или несвободно. Но въ первомъ изъ нихъ лице обязано ошибочнымъ представленіемъ самому себѣ, слѣдов. и причину понесеннаго ущерба должно искать въ себѣ, а не въ другой дѣятельности, относившейся пассивно къ его представленію. Что же касается возбужденія ошибочнаго представленія другимъ лицомъ, то отношеніе его къ чужой ошибкѣ можетъ быть различно; оно или само вѣритъ той обрисовкѣ дѣла, въ какой выдаетъ его другому, потому что не знаетъ дѣйствительнаго положенія фактовъ; въ такомъ случаѣ говорятъ о состояніи заблужденія обоихъ; — или невѣрно свидѣтельствующій о фактахъ знаетъ дѣйствительное положеніе ихъ. Здѣсь можетъ быть рѣчь о лжи и объ обманѣ; ложь имѣетъ мѣсто тогда, если искажающій истину, поступающій лживо дѣйствуетъ такимъ образомъ безъ намѣренія опредѣлить другое лице возбужденіемъ ошибочнаго представленія къ какому либо дѣйствію или упущенію¹⁾; обманъ же есть дѣятельность, рассчитывающая побудить другое лицо къ какому либо дѣйствію предложеніемъ завѣдомо невѣрныхъ основъ для его дѣятельности; то состояніе, которое виновный стремится произвести обманомъ въ другомъ лицѣ, называется состояніемъ оболъщенія, обмороченія.

Такимъ образомъ понятіе обмана слагается изъ трехъ отдѣльныхъ признаковъ: а) завѣдомаго б) съ намѣреніемъ обморочить другаго в) искаженія истины. Два первые будутъ рассмотрѣны подробнѣе въ III главѣ; здѣсь же я останавлиюсь на послѣднемъ.

¹⁾ Кромѣ этого, «ложь» имѣетъ и другое значеніе, употребляясь въ смыслѣ словеснаго искаженія истины въ противоположность обману дѣйствіемъ и представляя так. образ. одну изъ формъ обмана въ собст. смыслѣ.

Такъ какъ подъ истинною, замѣтилъ я, разумѣется дѣйстви-тельность фактовъ, то объ искаженіи ея можно говорить лишь подъ условіемъ стремленія возбудить ошибочное представленіе именно о существованіи или объ образѣ существованія опредѣ-ленныхъ фактовъ. Областью фактовъ такимъ образомъ и ограни-чивается содержаніе обмана. Но подъ фактами возможно пони-мать лишь обстоятельства и явленія уже существующія или вы-даваемые за такія; другими словами, содержаніемъ обмана мо-жетъ быть только прошедшее и настоящее. Область будущаго не есть предметъ знанія, а развѣ болѣе или менѣе основательныхъ ожиданій, надеждъ. И вотъ, изъ существа обмана мы получаемъ первый важный выводъ: лживыя обѣщанія не входятъ въ составъ его.

Другой выводъ. Какъ искаженіе истины, обманъ требуетъ извращеніе фактовъ или фактическихъ признаковъ вещи. Заявляя о фактѣ, лицо даетъ этимъ основы для дѣятельности другаго, такъ что послѣдняя опирается именно на указываемые факты; если они ложны, то значитъ заявившій факты заставилъ другое лицо совершить такое дѣйствіе, котораго тотъ въ дѣйствительности совершить не хотѣлъ, т. е. вторгнулся въ свободу его дѣятель-ности. Этого элемента нѣтъ, когда имъ указываются факты въ ихъ дѣйствительной обрисовкѣ съ тѣмъ лишь, что виновный, путемъ различныхъ силлогизмовъ, успѣваетъ приписать имъ иной смыслъ чѣмъ какой они имѣютъ на самомъ дѣлѣ; подобныя личныя мнѣнія о фактахъ, хотя бы они высказывались для побужденія другаго лица къ совершенію какого либо дѣйствія или бездѣйствія, не кладутъ для чужой распознавательной способности ложныхъ фак-тическихъ основъ, предоставляя другому совершенно свободную оцѣнку основательности или неосновательности тѣхъ выводовъ, къ которымъ пришелъ сообщающій ихъ. Отношеніе этой послѣдней формы къ обману таково же, какъ отношеніе личной обиды къ кле-ветѣ; въ первой высказывается личное мнѣніе въ оскорбительной формѣ, во второй ложно сообщаются несуществующіе факты, ука-заніе которыхъ можетъ болѣе вредить другому, чѣмъ высказы-ваніе субъективнаго убѣжденія по общепзвѣстному правилу: предъ фактами преклоняются, личнымъ мнѣніямъ вѣрятъ свободно¹⁾.

Третій выводъ. Обманъ есть дѣятельность, направленная на

¹⁾ Лохвицкій, Курсъ русскаго уголовного права, Спб. 1867, стр. 650.

побужденіе другаго лица совершить то или другое дѣйствіе — въ данномъ случаѣ передачу своего имущества виновному — вслѣдствіе обольщенія; изъ этого слѣдуетъ, что онъ долженъ имѣть своимъ содержаніемъ такіе факты, которые въ самомъ дѣлѣ могутъ побудить другое лицо именно къ передачѣ своего имущества. Ложь безразличная, не вліяющая и не могущая вліять на склоненіе лица къ опредѣленному акту распоряженія его имуществомъ, стоитъ внѣ понятія обмана, какъ способа дѣйствія въ мошенничествѣ. Представьте себѣ въ самомъ дѣлѣ, что нѣкій шутникъ является къ вамъ и проситъ дать ему денегъ потому, что замерзла Нева, между тѣмъ какъ она еще незамерзла, или потому, что въ Испаніи сдѣлался вакантнымъ королевскій тронъ: хотя бы вы повѣрили лжи этого шутника, но если она не обуславливаетъ вашего дѣйствія, которымъ вы передаете ему свое имущество, то она не составляетъ способа мошенничества.

Четвертый выводъ. Эссенція обмана состоитъ въ томъ, что виновный употребляетъ во зло знаніе фактовъ, которые неизвѣстны другой сторонѣ. Это существеннѣйшій признакъ его. Но есть отношенія и области, въ которыхъ знаніе составляетъ такой же капиталъ, какъ матеріальное имущество; не признавать его государство не въ правѣ и должно поэтому установить за лицомъ извѣстный просторъ въ пользованіи своимъ знаніями. Возставая противъ злоупотребленія ими ко вреду правъ другихъ, оно тѣмъ не менѣе обязано помнить, что невозможно вынуждать лицо къ сообщенію каждому встрѣчному своихъ знаній, нерѣдко приобретаемыхъ даже съ матеріальными затратами. Умственный капиталъ — на столько же важная цѣнность, какъ и капиталъ денежный и поземельный, и государство въ самомъ дѣлѣ признаетъ его, платя, напр., большія суммы спеціалистамъ въ данной отрасли, чѣмъ лицамъ, ничего незнающимъ въ ней.

Намѣтивъ въ общихъ чертахъ содержаніе обмана, переходимъ въ болѣе подробному разбору его и къ анализу, какой приѣмъ нашли себѣ эти условія въ законодательствѣ и въ судебной практикѣ.

§ 31. Содержаніемъ обмана могутъ быть только факты; ожиданія и надежды выдѣляются изъ него. Въ силу это принципа неисполненіе обязательствъ, нарушеніе довѣрія, оказаннаго виновному, и другія лживыя обѣщанія должны быть отдѣляемы и на самомъ дѣлѣ строго отличаются отъ обмана. Это направленіе про-

водится всѣми современными законодательствами континентальной и неконтинентальной Европы, съ небольшими лишь кое гдѣ отступленіями, объясняющимися недостаточнымъ развитіемъ способности къ обобщенію ¹⁾).

Но граница между существующими и будущими обстоятельствами можетъ быть опредѣляема различно, смотря потому, какой моментъ времени привимать въ основу разрѣшенія этого вопроса. Въ этомъ отношеніи между требованіями нѣмецкихъ криминалистовъ новѣйшей школы, съ одной стороны, и судебною практикою Франціи, Англіи и Америки съ другой существуетъ весьма мало единодушія.

Первые ²⁾ требуютъ, чтобъ обстоятельства, входящія въ содержаніе обмана, существовали или выдавались какъ существующія уже въ моментъ дѣйствительной потери имущества обманутымъ, считая для этого моментъ передачи недостаточнымъ; если, напротивъ, вопросъ, получило ли имущество даннаго лица желаемое назначеніе или нѣтъ, не возможно разрѣшить въ моментъ фактическаго перехода его изъ рукъ потерпѣвшаго, а необходимо выждать дальнѣйшія дѣйствія виновнаго, то они говорятъ только о лживыхъ обѣщаніяхъ, недостаточныхъ для понятія обмана. Они, очевидно, выходятъ изъ опровергаемаго ими самими предположенія, что мошенническимъ можетъ быть признанъ только такой обманъ, вслѣдствіе котораго потерпѣвшій передаетъ виновному свое имущество въ собственность безъ намѣренія получить его обратно или вліять на способъ употребленія его. Напротивъ, когда, не смотря на обманъ, потерпѣвшій удерживаетъ за собою какое либо право на вещь ³⁾, то хотя бы виновный употребилъ обманъ для пріобрѣтенія фактическаго владѣнія вещью и имѣлъ намѣреніе присвоить ее себѣ, его дѣйствіе они отказываются признавать мошенничествомъ; здѣсь, по ихъ мнѣнію, можетъ быть рѣчь только объ утайкѣ или растратѣ чужаго. Поэтому, если А. посредствомъ обмана побуж-

¹⁾ Таковы, напр., австрійское и ганноверское (1840) уложенія, продолжающія трактовать о несостоятельности въ главѣ объ обманѣ. Смѣлое утвержденіе Лохвицкаго, курсъ, 649, будто бы французское право относитъ къ *escroquerie* лживыя обѣщанія безъ искаженія фактовъ, высказано, очевидно, по недоразумѣнію. См. ниже въ текстѣ.

²⁾ Merkel, Kriminallist. Abhandl. II, 195; съ нимъ также соглашается Грицекій, Studien.

³⁾ Право получить ее обратно или потребовать употребленія ея по опредѣленному напередъ назначенію.

дасть Б. дать ему имущество на сохраненіе съ намѣреніемъ присвоить его, или если нѣсколько лицъ, ложно выдавая себя за агентовъ благотворительнаго учрежденія, выманиваютъ будто бы въ его пользу приношенія у частныхъ лицъ и затѣмъ присвоиваютъ ихъ себѣ, то каковы бы ни были характеръ и степень ловкости обмана въ подобныхъ случаяхъ, хотя бы не подлежало ни малѣйшему сомнѣнію, что именно онъ опредѣлилъ передачу имущества, указанное направленіе не признаетъ здѣсь мошенничества, а только утайку. При этомъ оно приводитъ въ свое подкрѣпленіе тотъ мотивъ, что матеріальная потеря на сторонѣ потерпѣвшаго обусловливается въ подобныхъ случаяхъ будто бы не обманомъ, а дѣятельностью, слѣдующею за нимъ — неисполненіемъ обязательства о возвращеніи взятаго на сохраненіе или объ употребленіи имущества согласно указанному назначенію; а неисполненіе обѣщанія, говорятъ они, не есть обманъ.

Напротивъ, французская судебная практика и литература придаютъ первенствующее значеніе тому моменту, въ который происходитъ фактическая передача имущества или юридическихъ представителей его; для нихъ важно такимъ образомъ не намѣреніе, съ которымъ обманутый отдаетъ свое имущество, а намѣреніе, съ которымъ виновный беретъ его. И если учиненный въ этотъ моментъ обманъ удовлетворялъ законнымъ условіямъ мошенничества (*escroquerie*), то наличность послѣдняго ставится внѣ всякихъ сомнѣній. Поэтому, напр., здѣсь признано мошенничествомъ выманиваніе денегъ подъ предлогомъ освобожденія другаго лица отъ военной повинности посредствомъ обмана въ личной власти; покупка въ кредитъ товара слугою подъ видомъ покупки его для своего господина, выманиваніе задатковъ у лицъ, желающихъ получить мѣсто въ торговомъ предпріятіи, которое на самомъ дѣлѣ не имѣетъ серьезнаго существованія, и т. под.¹⁾ — Еще далѣе идетъ американская судебная практика. Во французскомъ правѣ существуютъ особыя легальныя условія способа дѣйствія мошенничества, въ виду которыхъ объемъ послѣдняго развѣ въ весьма ограниченной степени можетъ распространяться на долговыя отношенія, возникающія изъ гражданскихъ сдѣлокъ. Напротивъ, въ статутарномъ правѣ Англіи и Америки такихъ ограниченій нѣтъ, и потому тамошняя практика считаетъ себя въ правѣ относить къ

¹⁾ Rolland de Villargues, Les codes criminels interprétés, Paris, 1869, №№ 29—43 къ § 405 Code pénal.

cheating даже тѣ случаи, когда, напр., заемъ состоялся вслѣдствіе ложнаго заявленія заемщика, что у него въ такомъ-то мѣстѣ есть определенное имущество, достаточное для гарантированія уплаты. Въ Пенсильваніи же особымъ законодательнымъ постановленіемъ отнесенъ къ мошенничеству тотъ случай, когда путешественникъ пріѣзжаетъ въ гостинницу съ обильнымъ будто бы багажемъ, почтенный видъ котораго побуждаетъ содержателя гостинницы открыть пріѣзжему кредитъ въ надеждѣ на его состоятельность, а между тѣмъ впослѣдствіи оказывается, что его багажъ былъ дутый ¹⁾.

Въ виду такого существеннаго разлада во взглядахъ на значеніе обмана весьма важно знать, какой изъ нихъ раздѣляется русскимъ правомъ.

§ 32. Редакторы проекта Улож. о наказ. имѣли весьма широкій взглядъ на обманъ; они относили сюда не только извращеніе истины, но даже неисполненіе обѣщанія въ смыслѣ нарушенія довѣрія, что видно изъ замѣчательнаго мотива къ ст. 2125 проекта (1681 дѣйствующаго уложенія): «По постановленіямъ Свода Законовъ утайка вещи, принятой на сохраненіе, признается воровствомъ-кражею. Мы съ своей стороны находимъ, что сіе преступленіе по свойству своему гораздо ближе къ воровству-мошенничеству, ибо, по мнѣнію нашему, воровство-кража есть непосредственное тайное похищеніе чужой собственности, а здѣсь главное дѣйствіе виновнаго есть злоупотребленіе довѣренности, также какъ въ обмѣрѣ, обвѣсѣ и другихъ для присвоенія чужаго имущества обманахъ.» Такимъ широкимъ взглядомъ объясняется и помѣщенная въ ряду постановленій о мошенничествѣ ст. 1676 Улож., по которой «наказанія за обманы всякаго рода въ обязательствахъ опредѣляются въ главахъ... IV и V настоящаго раздѣла», между тѣмъ какъ эти главы далеко не исключительно говорятъ объ обманѣ какъ средствѣ похищенія, выманиванія чужаго имущества.— Правда, изъ этого еще невозможно вывести, будто бы и обманъ мошенничества, по взгляду редакторовъ проекта, можетъ довольствоваться неисполненіемъ даннаго обѣщанія; они говорятъ, что утайка «гораздо ближе» къ мошенничеству чѣмъ къ кражѣ, но не отождествляютъ первыхъ двухъ преступленій; значитъ, указанное широкое значеніе они придавали обману

¹⁾ Wharton, A Treatise on the criminal law of the United States, Philadelphia, 1868, II, § 2077.

только пока говорили о немъ въ общежитейскомъ, разговорномъ смыслѣ; когда же дѣло дошло до установленія терминологіи, они называли обманомъ только способъ дѣйствія въ мошенничествѣ и старательно избѣгали употреблять его въ редакціи состава другихъ преступленій, состоящихъ въ присвоеніи имущества посредствомъ злоупотребленія довѣріемъ. Мошенничество, по взгляду ихъ, обнимаетъ только такой обманъ, посредствомъ котораго похищается, выманивается чужое имущество, слѣдов., который предшествоуетъ передачѣ имущества и обусловливаетъ ее, а не слѣдуетъ за нею. — Но разграничивая, такимъ образомъ, обманъ на обусловливающій передачу и слѣдующій за нею, они, очевидно, понимали подъ обманомъ мошенничества всякое извращеніе истины до и для полученія чужаго имущества въ фактическое владѣніе, такъ что ни одна іота дѣйствующаго законодательства не даетъ основаній заключать, будто бы по точному смыслу его постановленій составъ мошенничества отпадаетъ, когда дѣйствіе виновнаго послѣ обмана и перехода къ нему чужаго имущества представляетъ еще условія утайки или растраты. — Въ подкрѣпленіе моего взгляда я могу привести также слѣдующее соображеніе. Порядокъ главъ III, IV и V раздѣла XII Улож. показываетъ, что по смыслу его мошенничество въ нашемъ правѣ есть основная, такъ сказать, руководящая форма уголовнопреступнаго имущественнаго обмана (ст. 1676 Улож.); другія слѣдующія за нимъ формы ¹⁾ суть лишь особенности его, представляющія болѣе или менѣе значительныя отклоненія отъ первичной. Въ разрядъ особенностей онѣ отошли или вслѣдствіе наличности на сторонѣ ихъ какихъ либо условій, не представляемыхъ мошенничествомъ, или, напротивъ, вслѣдствіе отсутствія такихъ признаковъ, которые необходимо требуются для мошенничества. Ясно, что если данное дѣйствіе удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ мошенничества и особенностей этой послѣдней группы, то къ нему должны быть примѣняемы узаконенія о мошенничествѣ. Такъ, для послѣдняго требуется похищеніе обманомъ и присвоеніе чужаго имущества; утайка ограничивается присвоеніемъ его безъ похищенія. Если дѣйствіе представляетъ и присвоеніе, и похищеніе, то примѣненіе къ нему узаконеній о мошенничествѣ стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія ²⁾. — На-

¹⁾ Если даже и называть всѣ эти формы обманами, на что, какъ я замѣтилъ, редакторы Уложенія не даютъ достаточныхъ основаній.

²⁾ Такъ ст. 2255 Улож. изд. 1857 (1665 изд. 1866) формулировала мошенни-

бонецъ, тотъ же взглядъ подтверждается и характеромъ дѣйствій, включаемыхъ нашимъ законодательствомъ въ понятіе мошенничества. Укажу, напр., ст. 1668 и 1669 Улож. о наказ. и 2 п. 174 ст. Уст. о наказ., редакція которыхъ вовсе не ставитъ необходимымъ условіемъ примѣненія ихъ, чтобы дѣйствіе виновнаго послѣ обмана не напоминало собою утайки или растраты и которыя имѣютъ мѣсто даже въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество посредствомъ присвоенія оффиціального званія и т. под. получено имъ будто бы для передачи другому лицу. — Словомъ, наше право не придаетъ никакого уголовно-юридическаго значенія тому, съ какимъ намѣреніемъ обманутый соглашается отказаться отъ своего имущества, выдвигая лишь для состава преступленія опредѣленный способъ дѣйствія и, какъ увидимъ, качество того намѣренія, которое руководитъ виновнымъ при примѣненіи обмана.

Въ виду представленныхъ соображеній я считаю себя въ правѣ сказать, что русское законодательство примыкаетъ болѣе къ французско-американскому взгляду на обманъ, чѣмъ къ указанной теоріи нѣмецкихъ криминалистовъ. Нельзя не замѣтить при этомъ, что послѣдняя не выдерживаетъ критики и съ логической точки зрѣнія. Она забываетъ, что въ выставленныхъ ею спорныхъ случаяхъ признакъ присвоенія является не одинъ, а въ связи съ другимъ гораздо болѣе важнымъ въ юридическомъ отношеніи — съ обманомъ, условливающимъ переходъ имущества отъ обманутаго къ виновному; что утайка обнимаетъ дѣйствія, ограничивающіяся первымъ признакомъ, а наличность втораго представляетъ вполне достаточное основаніе для признанія мошенничества какъ одного изъ наказуемыхъ видовъ взятія, похищенія чужаго имущества.

Иной взглядъ въ нашей литературѣ высказанъ г. Неклюдовымъ, Руководство II, 687. Почтенный авторъ требуетъ для понятія мошенничества, чтобы выманенное обманомъ имущество уступалось въ полное распоряженіе обманщика, примыкая такимъ образомъ къ указанному нѣмецкому направленію и заставляя выдѣлять изъ мошенничества всѣ обманы, которые не сложили потерпѣвшаго на полную уступку своего имущества. Однако г. Неклюдовъ, очевидно, не представляетъ себѣ съ полною

чествомъ какъ дѣйствіе лица, которое выманивъ обманомъ чужое имущество и растратитъ или присвоитъ себѣ. Эти послѣднія слова теперь выброшены, потому что онѣ разумѣются сами собой.

ясностью этого вопроса и, высказывая приведенное положение, не имѣлъ въ виду тѣхъ случаевъ, когда виновный присвоиваетъ имущество, выманенное во владѣніе обманомъ. Вотъ единственные слова автора, относящіеся къ этому вопросу: «мошенничество отличается отъ присвоенія тѣмъ, что въ присвоеніи имущество отдается на сохраненіе или на извѣстное употребленіе, тогда какъ при похищеніи обманомъ имущество уступается въ полное распоряженіе (курс. въ подлин.) обманщика. По сему, ежели бы А. выманилъ у Б. деньги подъ видомъ болѣе безопаснаго сбереженія ихъ и затѣмъ ихъ присвоилъ бы себѣ или истратилъ, то таковое дѣяніе его составляло бы присвоеніе, а не мошенничество». Вполнѣ согласенъ, но только при томъ условіи, когда А. не употребилъ обмана какъ способа побужденія Б. къ передачѣ ему его имущества на сохраненіе съ намѣреніемъ присвоить его; при наличности же этого признака, напр., когда А. выдалъ себя за чиновника или за агента общества сбереженія вещей, въ дѣйствіи его будутъ преступное похищеніе и преступное присвоеніе, изъ которыхъ одно не обнимается понятіями утайки и растраты и потому не дозволяетъ признаніе ихъ въ такомъ дѣяніи. Такой именно смыслъ имѣетъ и рѣшеніе Государственнаго Совѣта по дѣлу Усубъ-Бекъ-Ибрагимъ-Бегъ-Оглы (Сборн. рѣш. стр. 208), на которое почтенный авторъ желаетъ опереть свое невѣрное положеніе. Этотъ Оглы былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что побудилъ двухъ персіанъ къ передачѣ ему на сохраненіе своихъ денегъ подъ тѣмъ предлогомъ, что деньги эти могутъ быть отняты у нихъ участковымъ засѣдателемъ; и такъ какъ здѣсь Госуд. Совѣтъ справедливо увидѣлъ лишь обольщеніе указаніемъ будущаго обстоятельства, а не обманъ какъ способъ выманиванія чужаго имущества, то, не признавъ въ данномъ случаѣ мошенничества, примѣнилъ къ нему постановленія объ утайкѣ. Рѣшеніе очевидно было бы иное, если бы Оглы выдалъ себя, напр., за участковаго засѣдателя и этимъ побудилъ персіанъ отдать себѣ ихъ деньги на сохраненіе, для передачи и т. под. Да и самъ г. Неклюдовъ, несмотря на противоположный повидимому смыслъ приведеннаго мѣста, хочетъ только сказать имъ, что содержаніемъ мошенническаго обмана не могутъ быть даваемыя виновнымъ обѣщанія и другія указываемыя имъ будущія событія; если же виновный успѣлъ увѣрить въ послѣднихъ потерпѣвшаго посредствомъ обмана въ фактахъ, то и онъ соглашается видѣть

здѣсь мошенничество; въ самомъ дѣлѣ, Руководство находитъ совершенно правильнымъ примѣненіе законовъ о мошенничествѣ къ дѣлу о похищеніи суммъ рогожскаго кладбища, которое именно представляло такой характеръ.

§ 33. Защищаемые мною взгляды проводить и практика нашихъ судовъ. Она, съ одной стороны, признаетъ содержаніемъ обмана только факты, т. е. обстоятельства и явленія, существующія или выдаваемые засуществующія уже въ моментъ склоненія другаго лица къ какому либо акту распоряженія его имуществомъ. Увлеченіе его, напротивъ, возбужденіемъ неосновательныхъ надеждъ, для чего виновный не искажилъ фактовъ, на которыхъ основываются эти надежды и ожиданія, безусловно выдѣляются изъ обмана. Такъ въ дѣйствиіи Вржозска (IV, 168), обвинявшагося въ томъ, что, получивъ отъ Русановой вексель въ 1,000 р. для взысканія съ купца Лопанова, причемъ Русанова, довѣря Вржозку, сдѣлала на этомъ векселѣ бланковую надпись, присвоилъ этотъ вексель себѣ, сенатъ не увидѣлъ обмана и высказалъ, что пріобрѣтеніе имущества дѣйствіемъ, заключающимъ въ себѣ нарушеніе довѣрія, должно отличать отъ пріобрѣтенія его обманомъ; въ рѣшеніяхъ по дѣламъ Маховитской и Кабанова (IV, 342 и 588) неисполненіе принятаго обязательства или, что тоже, нарушеніе обѣщанія вопреки взглядамъ судовъ по существу не признано достаточнымъ для мошенничества; тотъ же взглядъ проводится въ рѣшеніяхъ по дѣламъ Степанова (IV, 299), гдѣ существеннымъ условіемъ мошенничества поставлено, чтобъ «въ дѣйствиіи виновнаго содержался обманъ, предшествующій переходу движимости изъ рукъ собственника къ похитителю», а отказъ отъ выдачи долговаго документа по поводу состоявшейся купли—продажи не признанъ мошенничествомъ;—Колтовскаго (IV, 767), гдѣ сенатъ согласился съ взглядомъ окружнаго суда, по которому «неисполненіе обѣщанія не составляетъ еще того обмана, который законъ предполагаетъ какъ существенный признакъ мошенничества. Мошенническимъ обманомъ собственно слѣдуетъ признать лишь завѣдомо ложное удостовѣреніе о существованіи такого обстоятельства, котораго въ дѣлѣ не существуетъ»; — Абрамова (V, 80), гдѣ признано, что «неисполненіе словеснаго договора и желаніе оттянуть работу», хотя бы оно руководилось намѣреніемъ присвоить полученный за нее задатокъ, не составляютъ признаковъ мошенни-

чества; — Никитина (V, 566), выманившего билетъ, подъ который были заложены въ ссудной его кассѣ вещи Кузнецовой подъ предлогомъ отысканія этихъ вещей ¹⁾ и мн. др. Такой взглядъ сенатъ основывалъ или на свойствѣ обмана вообще, какъ въ приведенныхъ рѣшеніяхъ, и выдѣлялъ неисполненіе обязательства потому что оно не удовлетворяетъ условіямъ обмана; или на существованіи особыхъ узаконеній, предусматривающихъ неисполненіе обязательства какъ дѣйствіе, не имѣющее ничего общаго съ мошенничествомъ. Такъ по дѣлу Ефимова, признаннаго виновнымъ въ томъ, что, нанявшись въ работники и получивъ задатокъ, ушелъ и отказался поставить за себя работника, къ чему съѣздъ примѣнилъ 2 п. 174 ст. Уст. о Нак. «такъ какъ Ефимовъ имѣлъ намѣреніе воспользоваться взятыми у Куропаткина деньгами и хлѣбомъ», сенатъ кассировалъ рѣшеніе съѣзда на томъ основаніи, что дѣйствія Ефимова составляютъ лишь неисполненіе условія о личномъ наймѣ и предусмотрѣны правилами 25 октября 1865 года (ст. 1373 Улож. о Нак.). Тотъ же взглядъ проводится и судами по существу; укажу, напр., рѣшеніе гр. департ. московской Судебной Палаты по дѣлу Базыкина съ Милюковымъ, гдѣ обѣщаніе вступить въ бракъ, невыполненное давшимъ его, рассматривалось лишь какъ основаніе гражданскаго иска ²⁾.

Съ другой стороны наша судебная практика вообще и, главнымъ образомъ, кассационная справедливо относитъ къ мошенничеству и выманиваніе чужаго имущества посредствомъ увлеченія другаго лица ожиданіями и надеждами будущихъ обстоятельствъ, если только для возбужденія ихъ виновный предложилъ лживыя фактическія основы. Такъ въ приведенномъ рѣшеніи по дѣлу Абрамова (V, 80) сенатъ, высказывая, что неисполненіе словеснаго обѣщанія не имѣетъ признаковъ мошенничества, спѣшитъ прибавить однако, что «въ приговорахъ мировыхъ учрежденій не сказано, изъ какихъ именно дѣйствій они заключили, что Абрамовъ желалъ мошенническимъ образомъ воспользоваться задаткомъ.» Еще яснѣе этотъ взглядъ высказанъ въ рѣшеніи по дѣлу Бильбасова; къ вердикту присяжныхъ, признавшихъ его виновнымъ въ томъ, что онъ выманилъ у кн. Гагарина и повѣреннаго его

¹⁾ Хотя, впрочемъ съ мотивами сената по этому дѣлу согласиться нельзя; здѣсь онъ, вопреки своей прежней практикѣ, соглашается съ опровергнутымъ выше взглядомъ г. Неклюдова, требуя для мошенничества отдачу вещи въ полное распоряженіе и не видя его, когда вещь получена обманомъ для извѣстнаго употребленія съ намѣреніемъ присвоить ее. ²⁾ Суд. Вѣст. 1869 № 114.

гр. Шувалова будто бы для передачи другому лицу (Засѣцкой) деньги и выкупныя свидѣтельства и что для этого онъ употребилъ, какъ средство для совершенія преступленія, подложную росписку отъ имени дочери Засѣцкой, судъ примѣнилъ ст. 1665 Улож. и 2 п. 174 Уст. о Нак.; и хотя деньги и выкупныя свидѣтельства даны Бильбасову лишь для передачи, неисполненіе которой есть лишь неисполненіе принятаго обязательства, но въ виду того, что къ выдачѣ себѣ имущества онъ склонилъ Шувалова обманомъ, кас. с. не отрицаетъ, что описанное дѣйствіе представляетъ всѣ условія мошенничества (III, 49). Точно также мошенничество признано въ дѣйствиіи Ильенкова, который, выдавъ себя за чиновника полиціи, выманилъ такимъ способомъ у демянской помѣщицы Норманской 2 руб. сер. будто бы для передачи секретарю полиціи (III, 536);—въ дѣйствиіи Лаврова и Горскаго, выманившихъ у Гулина 540 т. штукъ кирпича подъ видомъ покупки, для убѣжденія въ дѣйствительности которой Лавровъ выдалъ себя за домовладѣльца а Горскій—за архитектора (V, 389);—въ дѣйствиіи Македонова и князя Долгорукова, обвиненныхъ во взятіи въ заемъ денегъ подъ залогъ подложнаго талона отъ имени Спб. Воспитательнаго Дома (V, 536) и во многихъ другихъ рѣшеніяхъ.

§ 34. Однако наша молодая судебная практика не смогла удержаться отъ смѣшенія обмана съ ложными обѣщаніями, признавая нерѣдко составъ мошенничества тамъ, гдѣ можно говорить только о (наказуемомъ или ненаказуемомъ) присвоеніи чужаго имущества. Отъ этого упрека не свободенъ даже кассационный сенатъ, особенно въ болѣе раннихъ рѣшеніяхъ. Такъ въ дѣлѣ Кузьмина неисполненіе обязательства по полученіи задатка съ намѣреніемъ присвоить его себѣ названо мошенническимъ обманомъ, наказуемымъ по ст. 173 и 2 п. 174 Уст. о наказ. (II, 311);—къ дѣйствию Захарова, который, обязавшись уплатить за крестьянъ недоимки, по особому къ себѣ довѣрію взялъ отъ нихъ росписки, будто бы тѣ получили уже отъ него деньги, была примѣнена ст. 175 Уст. о наказ., съ чѣмъ согласился и сенатъ; между тѣмъ нарушеніе особаго довѣрія въ мошенничествѣ есть лишь обстоятельство увеличивающее вину, слѣд., само по себѣ не можетъ замѣнять признакъ обмана (II, 571); — Юрцовскій былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, сторговавъ у столярнаго мастера Поливина вексель, полученный имъ отъ Прохорова на сумму 670 р.

и обѣщавъ заплатить деньги на другой день, взялъ отъ Поливина вексель съ бланковаго его надписью, а также особую росписку въ полученіи будто бы за вексель денегъ, затѣмъ денегъ Поливину не заплатилъ и вексель представилъ ко взысканію съ Поливина. Сенатъ нашелъ, что примѣненныя къ нему судомъ ст. 1666 улож., 173—176 Уст. о нак. умѣстны, такъ какъ судомъ признано, что Ю. обманнымъ образомъ выманилъ у П. вексель; но эта формулировка принадлежитъ самому сенату, судъ же призналъ лишь, что Ю. получилъ вексель у П., увѣривъ его въ платежѣ денегъ на другой день, чего, однако, не исполнилъ (III, 17).— Но и позднѣйшія рѣшенія сената грѣшатъ смѣшеніемъ обмана съ лживыми обѣщаніями; такъ Захаровъ, обвиненный въ присвоеніи телѣги и лошади, выпрошенныхъ будто-бы на поддержаніе, наказанъ по 1666 ст. Улож. (IV, 939);—Хомутова и Боргезани, признанные виновными въ томъ, что подъ предлогомъ вѣрнѣйшаго сохраненія денегъ и общаго во время путешествія за границу расхода побудили вдову помѣщика Янину Коссову отдать Б. на сохраненіе деньги и билеты и присвоили ихъ себѣ, по мнѣнію сената совершили преступленіе, предусмотрѣнное 2 п. 174 ст. Уст. о нак. и 1665 Улож. (IV, 864); между тѣмъ какъ средствомъ полученія денегъ и билетовъ они выбрали лживое обѣщаніе хранить ихъ и вести общій дорожный счетъ, не прибѣгая вовсе къ обману въ смыслѣ предложенія лживыхъ фактическихъ основъ для дѣйствія Коссовой. Также неосновательно признано мошенничество въ дѣйствиіи Дербенова, состоящаго въ томъ, что, получивъ отъ крестьянина Суслова продажную цѣну за свою лошадь, отказался затѣмъ отъ передачи ся (V, 179);— въ дѣйствиіи Иванова, взявшаго деньги отъ другаго лица за избавленіе его отъ наказанія и не исполнившаго этого, причемъ однако судомъ вовсе не было признано, что Ивановъ употребилъ обманъ для увѣренія дававшего деньги въ своей власти, которая давала бы ему возможность рассчитывать на парализированіе судебного приговора (V, 566) ¹⁾.—Мы признаемъ эти рѣшенія неправильными потому, что ими извращается существо обмана, и опираемся въ нашемъ мнѣніи на саму судебную практику; мы требуемъ отъ нея лишь, чтобъ она послѣдовательнѣе поддерживала свои собственные

¹⁾ Тоже смѣшеніе встрѣтилось въ практикѣ Таганрогскаго Окружнаго Суда по дѣлу о купцѣ Левинѣ; отчетъ о засѣданіяхъ см. Суд. Вѣстн. 1870 №№ 218—222; разборъ дѣла въ передовыхъ статьяхъ того же изданія №№ 233—237.

взгляды. Такъ независимо отъ указанныхъ уже рѣшеній, кас. сенатъ совершенно основательно не согласился признать мошенничество въ слѣдующихъ случаяхъ, ничѣмъ не разнящихся отъ подлежавшихъ его анализу въ дѣлахъ Юрцовскаго, Захарова, Хомутовой и Боргезани, Кузьмина и Ианова: въ случаѣ присвоенія кредитнаго билета, взятаго подъ видомъ обозрѣнія его (IV, 388);—взятія подмастерьемъ матеріи съ обѣщаніемъ работать изъ нея на собственника и присвоенія ея (IV, 448) и присвоенія шелковой матеріи, взятой будто бы на показъ покупателю (IV, 794). Здѣсь сенатъ справедливо увидѣлъ лишь условія утайки или растраты.

Нельзя не сознаться, что возникающія въ практикѣ затрудненія при разграниченіи указываемыхъ понятій до извѣстной степени объясняются сбивчивостью постановленій нашего права по этому вопросу. Не говоря уже объ указанномъ широкомъ пониманіи обмана редакторами Уложенія, Уставъ о наказ. предусматриваетъ въ ст. 174, нормирующей мошенничество, такіа дѣйствія, въ составъ которыхъ вовсе не входитъ обманъ какъ средство взятія чужаго имущества и которыя неизвѣстно почему выдѣлены изъ присвоенія; таковы: подмѣнъ чужихъ вещей, находящихся у виновнаго, уклоненіе отъ учиненія платежной надписи по полученіи всей или части платы по документу и дѣйствіе, предусмотрѣнное 5 п. ея; въ Улож. изд. 1857, въ самомъ дѣлѣ, онѣ находили себѣ мѣсто не въ мошенничествѣ, а въ ряду преступленій по обязательствамъ. Но измѣненіе прежней системы редакторами Судеб. Уставовъ, какъ ни достойно оно порицанія вслѣдствіе смѣшенія различныхъ понятій, не можетъ однако подорвать общихъ условій мошенничества уже потому, что указанные дѣйствія обрисованы Уставомъ какъ особенные виды его. Ихъ особенности, слѣд., не могутъ быть распространяемы на другіе виды, въ которые онѣ не включены самимъ закономъ.

Но еще болѣе практику, очевидно, сбиваетъ 2 п. 174 ст. Уст. о Наказ., между тѣмъ какъ смыслъ его совершенно ясенъ и несомнѣнно говоритъ въ пользу защищаемыхъ мною взглядовъ. Правда, если вырвать его изъ системы законодательства и разсматривать какъ совершенно самостоятельное постановленіе, стоящее отдѣльно отъ всѣхъ другихъ, то можно — да и то съ значительною натяжкой текста — предположить, будто бы онъ предусматриваетъ выманиваніе чужаго имущества не посредствомъ обмана, а

посредствомъ лживыхъ обѣщаній употребить его на выгодныя предпріятія, расходы или благотворительныя приношенія. Однако, подобное толкованіе ¹⁾ упускаетъ изъ виду слѣдующія весьма важныя соображенія: а) П. 2 ст. 174 Уст., составляя особенное постановленіе о мошенничествѣ, не можетъ быть рассматриваемъ отдѣльно и независимо отъ ст. 1665 Улож., указывающей общія для всѣхъ видовъ его условія; и такъ какъ послѣднія составляютъ *conditio sine qua non* мошенничества, то и особенныя виды его не мыслимы безъ наличности ихъ. Это правило толкованія, распространяющее общее опредѣленіе преступленія на всѣ отдѣльныя виды его, знакомо юриспруденціи всей западной Европы, и я рѣшительно не могу понять, какимъ образомъ оно могло затеряться въ Россіи. Отсюда слѣдуетъ, что обманъ въ фактахъ, какъ необходимое условіе мошенничества вообще, долженъ имѣть мѣсто и въ тѣхъ случаяхъ, которые рассматриваются закономъ какъ виды его; повторять одно и тоже по нѣскольку разъ законъ во все не обязанъ. б) Этимъ пунктомъ редакторы Устава передаютъ преступленіе, описанное ст. 2255 Улож. о наказ. 1857, редакція которой весьма ясно требуетъ обманъ въ фактахъ: «Кто посредствомъ какого либо вымысла, подъ видомъ предстоящаго будто-бы выгоднаго торговаго предпріятія, или для мнимыхъ расходовъ.... выманить у кого либо деньги, товаръ или иное движимое имущество и растратить или присвоить ихъ себѣ». Наконецъ в) даже въ теперешней редакціи 2 п. 174 ст., хотя бы рассматривать его изолированно отъ всѣхъ другихъ постановленій и обращать вниманіе на голый буквальный смыслъ, остался яркій намекъ на признакъ обмана какъ необходимое условіе состава его. Этотъ пунктъ говоритъ о «мнимыхъ расходахъ», т. е. на самомъ дѣлѣ несуществующихъ, не подлежащихъ и выдумываемыхъ только для выманиванія чужаго имущества; поэтому если, напр., А., плотникъ, выманиваетъ у строящаго домъ Б. деньги на покупку гвоздей и за тѣмъ присвоиваетъ его деньги себѣ, то даже буква 2 п. 174 ст. не дозволяетъ примѣненія его къ данному случаю. Что же касается слова «инымъ», то его невозможно понимать иначе, какъ въ смыслѣ «подобнымъ указанному способомъ.»

Вмѣстѣ съ тѣмъ я считаю возможнымъ указать весьма простое

¹⁾ Его раздѣляетъ не только практика нашихъ судовъ, въ томъ числѣ изрѣдка и кассаціонный Сенатъ, но даже нѣкоторые литературные дѣятели. См. напр. Лохвицкій, курсъ, стр. 687.

практическое правило, при помощи котораго можно безъ затрудненій различать обманъ, устанавлиющій понятіе мошенничества, отъ лживыхъ обѣщаній. Стоитъ припомнить только, что преступность мошенничества лежитъ въ способѣ взятія, полученія предмета чужаго имущественнаго права; что, слѣд., въ этомъ отношеніи оно вполне тождественно съ кражей. А извѣстно, что коль скоро законченъ способъ дѣйствія кражи, то затѣмъ возвращеніе вещи хозяину не устраняетъ преступности; оно можетъ служить лишь основаніемъ уменьшенія наказанія. Тоже начало признано и для мошенничества к. р. по дѣлу Щередина. Щерединъ продалъ Щукину непринадлежащую ему рекрутскую квитанцію, но когда это сдѣлалось извѣстно Щукину по начатому имъ гражданскому дѣлу, то Щерединъ заключилъ съ нимъ мировую сдѣлку, которой обязался возратить Щукину взятые за квитанцію 150 р.; однако дѣйствіе его все таки признано мошенничествомъ, и притомъ мошенничествомъ совершившимся, такъ какъ онъ уже похитилъ чужое имущество посредствомъ обмана (V, 492). Между тѣмъ присвоеніе, т. е. неисполненіе обязанности о возвратѣ имущества, если даже оно преступно, предполагаетъ ненаказуемый способъ взятія его; по точному смыслу постановленій русскаго права — мы знаемъ, что это мнѣніе не раздѣляетъ кас. сенатъ, но съ нимъ согласиться нельзя — даже наказуемые виды присвоенія чужаго имущества освобождаются отъ наказанія, если виновный до постановленія судебнаго приговора возвратитъ потерпѣвшему сполна все взятое имъ. Изъ этого различія между мошенничествомъ и присвоеніемъ слѣдуетъ такое практическое правило распознаванія, существуетъ ли въ данномъ случаѣ одно или другое: стоитъ только предположить, что взятое виновнымъ имущество своевременно возвращено собственнику его, и, обративъ вниманіе на способъ дѣйствія виновнаго, посредствомъ котораго онъ получилъ это имущество, спросить себя, преступно ли его дѣйствіе, не смотря на такое возвращеніе, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ, очевидно, преступность лежитъ въ способѣ взятія, которое устраняетъ обвиненіе въ утайкѣ или растратѣ; во второмъ, напротивъ, основаніе преступности можетъ лежать только въ удержаніи имущества, что недостаточно для обвиненія въ мошенничествѣ.

§ 35. Областью лживыхъ обѣщаній не исчерпываются тѣ случаи, которые относятся разговорнымъ языкомъ къ обману вопреки природѣ этого понятія. Мы имѣли уже случай замѣтить, что

онъ обращаетъ на себя вниманіе законодателя какъ дѣйствіе, рассчитанное на парализированіе свободы дѣятельности другаго лица; а это имѣетъ мѣсто только въ такомъ случаѣ, когда ему предлагаются лживыя фактическія основы для его дѣятельности, вслѣдствіе наличности которыхъ совершенное имъ будто бы добровольно дѣйствіе не имѣетъ этого характера. Напротивъ, когда указанія склоняющаго къ какому либо дѣйствію не содержатъ въ себѣ извращенія фактовъ, когда онъ изъ вѣрно переданныхъ фактовъ посредствомъ сопоставленія ихъ съ другими и тому подоб. дѣлаетъ выводы, то всякій знаетъ и долженъ знать, что имъ можетъ вѣрить вполне свободно и отъ него не отнимаются фактическія основы для провѣрки ихъ. Къ случаямъ этого рода съ полнымъ правомъ можно примѣнить изрѣченіе англійскихъ судовъ: «We are not to indict one man for making a fool of another; let him bring his actions», ¹⁾ такъ какъ дѣйствительно здѣсь получаемую выгодою лицо обязано своему умственному капиталу, не лишая вступающаго съ нимъ въ сдѣлку возможности критически отнестись къ нему. Приведу два-три примѣра.

А., рассказывая на здѣшней биржѣ тотчасъ послѣ битвы подъ Седаномъ обстоятельства дѣла, нисколько не искажая ихъ, посредствомъ чрезвычайно ловкихъ умозаключеній, завѣдомо ложныхъ, доказывалъ, что вслѣдствіе этой битвы должны пасть въ цѣнѣ акціи нѣкоторыхъ нашихъ торговыхъ предпріятій, и успѣлъ скупить значительное количество ихъ за очень дешевую сумму; — домашній приживало, сопоставляя рядъ дѣйствій молодаго человека, входяго въ домъ его патрона — отца многихъ дочерей, и нисколько не искажая фактической стороны этихъ дѣйствій, успѣлъ убѣдить отца семейства, что молодой человекъ выказываетъ самую несомнѣнную склонность жениться на одной изъ его дочерей, чѣмъ и выманилъ отъ него подарокъ, сознавая, что сдѣланное имъ сопоставленіе было ловко, но ложно; — купецъ, представляя покупателю товаръ во очію и предоставляя ему полную возможность ознакомиться съ фактическими признаками его, кажетъ съ особенною яркостью хорошія стороны его, показываетъ, какъ говорятъ, «товаръ лицомъ»; — занимающій деньги заявляетъ, что онъ человекъ состоятельный, не указывая, однако, опредѣлен-

¹⁾ Наша задача состоитъ не въ томъ, чтобы наказывать человека за его умственное превосходство предъ другимъ; пускай онъ мирно продолжаетъ свою дѣятельность. Наиболее широко понято это начало Спинозой; см. выше § 3 примѣчаніе.

наго будто бы принадлежащаго ему имущества и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствіе увлекающаго другое лицо въ сдѣлку представляется лишеннымъ условій обмана какъ искаженія опредѣленныхъ фактовъ, заключительная же ложь его составляетъ личный выводъ, личное мнѣніе, выдаваемое за сдѣланное именно на основаніи фактовъ; и такъ какъ послѣдніе извѣстны другой сторонѣ или, по крайней мѣрѣ, не извращаются дѣятелемъ въ ея представленіи, то приведенные примѣры не представляютъ условій вторженія въ свободу дѣятельности другаго, характеризующихъ существо обмана.

Различіемъ лживыхъ выводовъ отъ обмана легко и просто разрѣшается вопросъ о наказуемости или ненаказуемости тѣхъ случаевъ, которые возбуждали наиболѣе недоразумѣній въ юридической литературѣ о мошенничествѣ. Я говорю объ «обманахъ» въ такъ называемыхъ «относительно — опредѣленныхъ качествахъ предмета», каковы хорошее и дурное, дорогое и недорогое и т. под. И теоретики, и практики сознавали, что ихъ не слѣдуетъ подвергать наказанію, но не могли привести сколько нибудь прочныхъ доказательствъ въ подтвержденіе своего взгляда именно потому, что смѣшивали такія дѣйствія съ обманомъ. Такъ одни (Кэстлинъ, Эшеръ, Миттермайеръ) говорили, что ложныя утвержденія въ «относительныхъ, неопредѣленныхъ качествахъ предмета» никого не могутъ обмануть, основывая, слѣд., неумѣстность наказанія на отсутствіи здѣсь причинной связи обмана съ правонарушительнымъ послѣдствіемъ; но они забывали, что и въ этихъ случаяхъ нерѣдко признается гражданская отвѣтственность и не отрицали необходимости ея, между тѣмъ какъ вопросъ внѣшней причинной связи въ гражданскомъ и уголовномъ правосудіи разрѣшается одними и тѣми же началами. Другіе (Гэльшнеръ) видѣли основаніе неумѣстности здѣсь наказанія въ томъ, что такъ какъ ложь виновнаго относится къ обстоятельствамъ, по существу своему неопредѣленнымъ, то изъ утвержденій его невозможно заключить объ обманномъ намѣреніи, между тѣмъ какъ примѣры возможности противнаго несомнѣнны. — Наша кассационная практика для освобожденія этихъ дѣйствій отъ наказанія, положеннаго за обманы въ качествѣ, насилствовала даже точный смыслъ законодательства; не смотря на существующее въ немъ требованіе наказуемости обмановъ въ качествѣ въ видѣ общаго правила, она позволяла себѣ замѣнять это пред-

писаніе своимъ собственнымъ, будто бы наказанію по смыслу нашего права должны подвергаться только обманы съ особенными приготовлениями, обманы, отъ которыхъ трудно было уберечься. Ниже мы возвратимся еще къ разбору этого взгляда, а теперь замѣтимъ, что встрѣчающаяся въ кассационной практикѣ ссылка на гражданскіе законы далеко не имѣетъ такого убѣдительнаго значенія въ пользу ненаказуемости этихъ случаевъ, какое ей хочетъ придать сенатъ. Изъ того, что въ гражданскихъ законахъ не содержится указанія на наказуемость случаевъ, предусмотрѣнныхъ ст. 1516—1518 т. X ч. I Зак. Гражд., еще вовсе не слѣдуетъ, что эти случаи не должны подлежать наказанію, такъ какъ въ общемъ правилѣ гражданское уложеніе не нормируетъ вопросовъ наказуемости всецѣло, предоставляя эту задачу работѣ уголовного уложенія.¹⁾ А въ послѣднемъ (ст. 173 Уст. о Наказ.) содержится общее предписаніе наказывать всякій обманъ въ качествѣ. Поэтому пока не будетъ доказано различіе случаевъ этого рода отъ обмановъ въ качествѣ, до тѣхъ поръ нѣтъ ровно никакихъ основаній освободить ихъ отъ наказанія.

На такое именно различіе я и указываю. Качество предмета, предусматриваемое ст. 173 Уст. о Нак., есть фактическіе признаки его и обманъ въ качествѣ—ложь относительно фактическихъ признаковъ той или другой вещи. Они суть обстоятельства объективно существующія, т. е. существующія независимо отъ представленія о нихъ другаго лица; таковы цвѣтъ вещи, ея составъ химическій и механический и т. под. Напротивъ, такъ назыв. «относительно—опредѣленные качества» существуютъ только въ представленіи лица и различныя лица понимаютъ ихъ различно; что одинъ находитъ дурнымъ, то другой безъ всякой задней мысли можетъ считать превосходнымъ. Очевидно отсюда, что, не имѣя объективнаго существованія, такія понятія какъ хорошее и нехорошее не входятъ въ группу фактическихъ признаковъ вещи, представляя собою лишь выводы относительно вещи, дѣлаемые лицомъ изъ совокупности ея признаковъ и изъ сопоставленія ея съ другими. Вглядываясь въ смыслъ постановленій нашего законодательства, нельзя не замѣтить въ немъ яснаго подтвержденія защищаемаго взгляда²⁾. Мы уже замѣтили,

¹⁾ Ст. 1399 т. X ч. I.

²⁾ Я съ удовольствіемъ встрѣтилъ его и въ новѣйшемъ сочиненіи по мошенничеству, именно у Грицецаго, Studien über den strafbaren Betrug, Lem-

что извращеніе фактическихъ признаковъ вещи оно называетъ обманомъ въ качествѣ; между тѣмъ когда содержаніемъ ложныхъ утвержденій являются такія понятія, какъ добротность или недобротность вещи, законъ допускаетъ возможность спора (ст. 1517 т. X ч. I Зак. Гражд.), т. е. различія въ мнѣніяхъ относительно вещи; а послѣднее возможно не относительно фактическихъ признаковъ ея, а лишь относительно субъективныхъ представленій о ней различныхъ лицъ. Послѣ всего сказаннаго ясно, что наше право имѣло вполне разумное основаніе не подвергать такихъ дѣйствій наказанію, такъ какъ онѣ не предлагаютъ лживыхъ фактическихъ основъ для распознавательной способности другаго.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній мы можемъ перейти къ болѣе подробному анализу содержанія обмана.

§ 36. Практическая сторона обмана для потерпѣвшаго состоитъ въ томъ, что у него выманивается имущество за вознагражденіе (эквивалентъ) мнимое или несоотвѣтствующее его дѣйствительному желанію, вслѣдствіе чего объемъ предметовъ его имущественнаго права сокращается, уменьшается. Согласно этому содержаніемъ обмана какъ способа мошенничества могутъ быть только тѣ обстоятельства, которымъ теряющій имущество ошибочно придавалъ значеніе вознагражденія себя за него, и притомъ вознагражденія матеріальнаго (имущественнаго) или не матеріальнаго. Таковы обманы въ предметѣ сдѣлки, въ лицѣ и въ другихъ обстоятельствахъ, если онѣ имѣютъ въ данномъ случаѣ значеніе вознагражденія ¹⁾ за теряемое обманутымъ имущество.

А Обманы въ предметѣ распадаются на обманы въ существованіи, количествѣ, качествѣ и принадлежности виновному имущества, составляющаго въ глазахъ потерпѣвшаго вознагражденіе за теряемую имъ цѣнность.

Операціи относительно предметовъ, несуществующихъ еще или не находящихся у контрагента въ моментъ заключенія сдѣлки, извѣстны современной коммерческой жизни въ самыхъ широкихъ размѣрахъ ²⁾ и сами по себѣ еще не удостовѣряютъ на-

berg 1870, стр. 81. Самый ранній намекъ на этотъ взглядъ принадлежитъ Фридрейху (см. ч. I § 57).

¹⁾ Или—какъ мы видѣли—обезпеченія за него; см. выше часть II § 21.

²⁾ Таковы продажа будущаго урожая хлѣба, многія коммиссіонерскія сдѣлки и т. под.

личности обмана. Послѣдній имѣетъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда одно лицо выдаетъ другому несуществующій еще предметъ или не находящійся въ его распоряженіи за противоположный, и притомъ если такую ложь виновный именно желаетъ обмануть другаго въ эквивалентъ за выманенное имущество. А это наиболѣе замѣтно въ случаяхъ выманиванія имущества за вещь, право на которую еще не существуетъ въ моментъ сдѣлки между тѣмъ какъ она необходимо предполагаетъ существованіе ея; такова, напр., продажа несуществующей рекрутской квитанціи (к. р. V, 492).—Обманъ въ количествѣ состоитъ въ томъ, что виновный передаетъ за получаемое имущество условленный эквивалентъ, но въ количествѣ меньше условленнаго и, утверждая противное (словомъ или дѣйствіемъ), получаетъ отъ обманутаго имущество, назначаемое за полное количество. Онъ можетъ имѣть мѣсто какъ относительно предметовъ взвѣшиваемыхъ, такъ и относительно предметовъ измѣряемыхъ въ длину, ширину и толщину или отпускаемыхъ счетомъ; въ послѣднемъ случаѣ наше законодательство говоритъ также объ обманѣ въ расчетѣ платежа и въ размѣнѣ, если эквивалентомъ были деньги. Если обманъ производится лицомъ отпускающимъ, то количество должно быть меньше указываемаго; если же онъ производится лицомъ принимающимъ, то количество должно быть болѣе указываемаго.—Качество вещи составляютъ фактическіе признаки ея; въ случаѣ извращенія ихъ и выдачи вещи съ одними признаками за вещь съ другими говорятъ объ обманѣ въ тождествѣ, когда выдается одна вещь вмѣсто другой, индивидуально опредѣленной или разнящейся отъ указываемой родовыми признаками, напр., выдача сочиненія одного автора вмѣсто сочиненія другаго, керосина вмѣсто оливковаго масла, мѣди вмѣсто золота;—или объ обманѣ въ качествѣ въ тѣсн. смыслѣ, обнимающемъ признаки, входящіе въ составъ вещи даннаго рода, напр. продажа подкрашеннаго мѣха за новый, лисьего за куній, расколотыхъ чугуновъ за цѣлые (к. р. III, 641), продажа смѣси овсяной и пшеничной муки за чистую пшеничную и т. под.¹⁾ Обманъ въ качествѣ можетъ быть произведенъ и ложнымъ указа-

¹⁾ Продажа вредныхъ для здоровья съѣстныхъ припасовъ выдѣляется изъ мошенничества (ст. 115 Уст. о Нак.), но если она сопровождалась обманомъ, то практика видитъ здѣсь мошенничество. К. р. III, 840. Обманы въ количествѣ табаку, совершаемые фабрикантами, безусловно выдѣляются изъ мошенничества; см. ст. 723 Улож. о нак.

ніемъ результатовъ, которые должна вызвать данная вещь и которые обуславливаются ея химическимъ составомъ, напр. продажа безвредныхъ средствъ подъ видомъ плодогонныхъ¹⁾. Сюда отойдутъ также обманы въ происхожденіи, если послѣдніе имѣютъ вліяніе на качество вещи, напр., продажа картины неизвѣстнаго артиста подъ видомъ картины Рафаэля. Спорнымъ можетъ быть случай обмана въ цѣнѣ вещи. Но такъ какъ цѣна не входитъ въ разрядъ фактическихъ, объективно-существующихъ признаковъ вещи, то обманы въ цѣнѣ не могутъ быть отнесены къ группѣ обмановъ въ качествѣ предмета. Такой взглядъ изстари проводило русское законодательство, руководясь принципомъ: «въ цѣнѣ купецъ воленъ»; рѣдкіе примѣры запрещенія продажи опредѣленныхъ предметовъ высокою цѣною основывались исключительно на мотивахъ народнаго продовольствія и всегда составляли лишь полицейскій проступокъ, не входя въ мошенничество какъ имущественное преступленіе²⁾. Тоже начало проводить и Улож. о Наказ. Въ прежнихъ изданіяхъ его³⁾, правда, предусматривались въ ряду постановленій о мошенничествѣ продажа чего либо за непомерную цѣну или покупка за безцѣнокъ; но для состава мошенничества законъ не считалъ достаточнымъ достиженіе виновнымъ такихъ послѣдствій посредствомъ обманнаго опредѣленія цѣны вещи, требуя съ его стороны предшествующій обманъ какъ способъ достиженія ихъ; здѣсь, слѣд., купля—продажа составляла лишь прикрытіе и закончаніе обманной дѣятельности, что несомнѣнно не будетъ препятствіемъ для признанія мошенничества и со стороны теперешнихъ судовъ. Если же вслѣдствіе какого либо обстоятельства, напр., установленія закономъ таксы, цѣна предмета становится объективнымъ признакомъ его, то обманъ въ ней долженъ быть отнесенъ къ обману въ количествѣ или въ качествѣ предмета; это признано и кас. сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Грязина (V, 256)⁴⁾. Но отъ обмана въ цѣнѣ,

¹⁾ Но продажа какихъ либо предметовъ подъ видомъ талисмановъ, симпатическихъ средствъ и т. под. составляетъ особое преступленіе, предусмотрѣнное ст. 935 Улож. о нак.; его я рассматриваю какъ особенный видъ мошенничества.

²⁾ См. часть I, стр. 16.

³⁾ Ст. 2176 изд. 1845, 2256 изд. 1857: «кто, черезъ сообщеніе какого либо ложнаго извѣстія склонить или побудить другаго... уступить или продать что либо за безцѣнокъ, или, напротивъ, купить какой либо товаръ или иное что за непомерную цѣну.» Эта статья показана замѣненной ст. 173—175 Уст. о Наказ.

⁴⁾ Согласно этому рѣшенію сборъ денегъ за перевозъ выше таксы въ Улож. 1857 предусмотрѣнъ 1497 ст., которая замѣнена 1080 ст. Улож. 1866 и 29 и

т. е. отъ невѣрнаго обозначенія цѣны даннаго предмета, должно отличать случай, когда виновный совершаетъ обманъ въ фактахъ именно для полученія за вещь большей цѣны, чѣмъ за какую онъ могъ бы рассчитывать продать ее необольщенному покупателю. Здѣсь нужно обращать вниманіе на тѣ обстоятельства, которыя служили содержаніемъ обмана; если онѣ въ самомъ дѣлѣ легли въ основу дѣятельности потерпѣвшаго (существенныя обстоятельства), то послѣдняя есть не свободный результатъ преступленія. Таковы именно лживыя извѣстія, умышленно распространяемыя на биржѣ объ обстоятельствахъ, вліяющихъ на цѣну определенныхъ предметовъ, обманъ въ качествѣ предмета и въ мѣстѣ изготовленія его какъ средство полученія непомерной цѣны, представленіе ложныхъ контрактовъ, изъ которыхъ слѣдуетъ будто-бы имѣніе приносить большіе доходы, для полученія непомерной продажной цѣны за него, сокрытіе ограниченій въ пользу другихъ лицъ, лежащихъ на данномъ имуществѣ и уменьшающихъ цѣну его, и т. под. Если же виновный выбираетъ для этого лживыя обѣщанія или обманъ въ намѣреніи (см. ниже), то дѣйствіе его не представляетъ условій мошенничества ¹⁾. Словомъ, здѣсь преступность или непреступность указывается тѣми дѣйствіями, которыя учинены для нанесенія другому ущерба въ цѣнѣ; этимъ т. н. обманы въ цѣнѣ напоминаютъ т. н. обманы въ относительно—определенныхъ признакахъ вещи, также не составляющихъ сами по себѣ наказуемаго дѣйствія и также становящихся преступными при определенныхъ условіяхъ на сторонѣ предшествующей дѣятельности виновнаго. Въ самомъ дѣлѣ, между ними существуетъ полное сходство и во внутренней природѣ; тотъ и другой—не больше какъ ложные личные выводы, сдѣланные изъ ряда неискажаемыхъ виновнымъ фактовъ; тотъ и другой еще не предлагаютъ ложныхъ фактическихъ основъ для чужой дѣятельности и потому не могутъ быть поставлены на одну доску съ обманами въ собст. смыслѣ. Мировая исторія права, въ самомъ дѣлѣ, проводитъ ме-

2 п. 174 ст. Уст. о Наказ.; послѣдняя должна имѣть примѣненіе, когда полученіе большей цѣны достигнуто обманомъ, будто бы такса увеличена и т. под.

¹⁾ Нельзя не прибавить, однако, что иногда обманчивое указаніе цѣны предмета имѣетъ значеніе указанія качества его (сорта); именно когда прочно-установившіяся цѣны составляютъ названіе сорта определеннаго товара, относительно котораго состоялась сдѣлка; таково, напр., дѣйствіе портнаго, который вмѣсто сукна 5-руб. доброты ставитъ сукно 3-руб., выдавая его за 5-рублевое. К. р. III, 804 по дѣлу Боброва.

жду ними рѣзкую грань, и представители ея на западѣ и востокѣ Европы—право римское съ одной и русское съ другой стороны—объявляютъ, что «въ цѣнѣ купецъ воленъ», «*in pretio emtiones et venditionis naturaliter contrahendibus licere se circumvenire*».— Въ разрядъ признаковъ вещи входятъ и особыя юридическія узаконенія о ней, составляющія нерѣдко плоть и кровь вещи съ точки зрѣнія интересовъ получающаго ее подъ видомъ другой или, наоборотъ, другую за нее; таковы напр., вещи изъятыя изъ обращенія. Отнесеніе этихъ случаевъ къ мошенничеству не можетъ вызвать сколько нибудь серьезныхъ возраженій, такъ какъ относящіяся къ опредѣленной группѣ вещей особыя узаконенія несомнѣнно составляютъ законные фактическіе признаки ея, имѣющіе объективное существованіе. Но иногда они самимъ закономъ выдѣляются изъ мошенничества, напр. ст. 517 Улож., говоря о продажѣ такой рекрутской квитанціи, которая не можетъ быть продана, не подвергаетъ продавца никакому наказанію. Эти исключенія, основываясь на безусловномъ предположеніи законодателя, что здѣсь продавецъ дѣйствовалъ только по незнанію специальныхъ узаконеній относительно данной вещи, не подрываютъ, однако, общаго правила по началу: *exsertio firmat regulam* ¹⁾.

Наконецъ обманы въ принадлежности вещи или въ объемѣ правъ на нее даннаго лица получаютъ юридическое значеніе также только въ томъ случаѣ, когда ими потерпѣвшій обмануть въ эквивалентъ за выманенное имущество и подвергся (или могъ подвергнуться) имущественной потерѣ. По этому, съ одной стороны, когда виновный завѣдомо для дающаго за вещь плату не могъ распоряжаться ею, то дѣйствіе его не составляетъ мошенничества: тутъ не было обмана. Съ другой стороны, тотъ же отвѣтъ имѣетъ мѣсто и относительно вещей, которыя не подлежатъ возврату ихъ собственнику даже въ такомъ случаѣ, когда онѣ были отчуждены лицомъ не имѣвшимъ права на отчужденіе ихъ: тутъ нѣтъ и не могло быть имущественной потери для лица, пріобрѣтшаго эти вещи отъ виновнаго за какое либо имущество. Таковы именно билеты кредитныхъ установленій, пріобрѣтаемые лицомъ съ соблюденіемъ формальныхъ законныхъ условій, такъ какъ по разъясненію Правит. Сената они признаются неотъемлемою соб-

¹⁾ Въ отдѣленіи II мы должны будемъ гораздо подробнѣе остановиться на обманахъ въ количествѣ и качествѣ и потому здѣсь излагаемъ ихъ въ самомъ сжатомъ видѣ.

ственностью приобретателя, хотя бы даже лице, уступившее их, не имѣло права совершить такую уступку, если только это послѣднее обстоятельство не было извѣстно приобретателю ¹⁾. Затѣмъ въ другихъ случаяхъ, когда вслѣдствіе такого обмана дѣйствительно уменьшается объемъ имущественныхъ цѣнностей обманутаго, существуетъ полная аналогія съ мошенничествомъ. Дожь здѣсь также имѣетъ значеніе обмана въ фактахъ, устранившаго свободное примѣненіе распознавательной способности; послѣдствія ея тѣже, какъ и въ другихъ обманахъ. Такъ и кас. Сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Волейко и Фролова призналъ выдаваніе описанной и состоящей въ секвестрѣ вещи за неподлежащую никакимъ ограниченіямъ въ правѣ распоряженія на нее такимъ обманомъ, который достаточенъ для состава мошенничества (IV, 321). Но въ нашемъ правѣ случаи этого рода составляютъ особенные виды мошенничества, для которыхъ существуетъ другое названіе—«преступленія по договорамъ и обязательствамъ.» Таковы продажа или залогъ имѣнія чужаго, проданнаго, вымышленнаго, заложеннаго или состоящаго подъ опекой или запрещеніемъ, если предметомъ продажи является имущество недвижимое или литературная собственность. Выдѣленіе ихъ изъ мошенничества не имѣетъ за себя ровно никакихъ основаній и объясняется лишь недостаточною способностью редакторовъ Уложенія къ обобщенію, вслѣдствіе чего они, встрѣтившись съ необходимостью подвергнуть наказанію не наказывавшіеся до нихъ случаи, совершенно аналогичные съ мошенничествомъ, создали изъ нихъ особую группу преступленій; въ отдѣленіи II мы увидимъ, что такая неправильность въ системѣ въ высшей степени сбиваетъ практику, которая, встрѣчаясь съ обманами въ принадлежности вещи и руководствуясь общимъ опредѣленіемъ ст. 1665, нерѣдко совсѣмъ забываетъ ст. 1688, 1699, 1700 и 1705 Улож. ²⁾; и, конечно, ее нельзя винить за то, что она стоитъ на высшей ступени развитія способности обобщенія, чѣмъ дѣятели 1845 года.—Наконецъ обманы въ принадлежности движимостей составляютъ или особенный видъ мошенничества (2 ч. 1699 ст. улож.), или совершенно особенное преступленіе, не стоящее ни въ какой связи съ мошенничествомъ; такъ продажа имущества,

¹⁾ Сборникъ рѣшеній Правит. Сената, II, № 705 по дѣлу Благодарова съ Колокольниковымъ.

²⁾ См., напр., кк. рр. II, 482, 571 (ср. 606); III, 521; IV, 10, 866; V, 30, 239, 304 и др.

завѣдомо пріобрѣтеннаго какимъ либо преступленіемъ, предусмотрѣна ст. 1701 Улож. о наказ. и карается какъ пособничество въ томъ преступленіи, посредствомъ котораго это имущество вышло изъ обладанія собственника; если же продавцомъ его является то самое лицо, которое пріобрѣло его посредствомъ преступленія, то къ нему законъ обязываетъ примѣнять правила о совокупности преступленій. Это постановленіе не совсѣмъ ясно¹⁾. Но законъ, очевидно, не имѣлъ въ виду наказывать одно и то же лицо какъ главнаго виновника и какъ пособника въ одномъ и томъ же преступленіи; ссылка на начала о совокупности не означаетъ также, что за предусматриваемый здѣсь случай виновный подлежитъ отвѣтственности съ одной сторны какъ учинившій преступленіе, посредствомъ котораго онъ пріобрѣлъ чужое имущество, и съ другой—какъ мошенникъ за продажу этого имущества; потому что, повторяю, по мысли редакторовъ проекта Уложенія обманы въ принадлежности не обнимаются обманами, предусмотрѣнными ст. 1665. Остается, слѣд., признать, что указаніемъ ст. 152 законъ предписываетъ суду совмѣстное примѣненіе статей о преступленіяхъ, которыми виновный пріобрѣлъ чужое имущество, и 2 ч. 1699 ст., карающей продажу или залогъ не принадлежащаго имущества безъ надлежащаго уполномочія.

§ 37. Обманы въ лицѣ какъ способъ выманиванія чужаго имущества распадаются на обманы въ тождествѣ лица, въ фактическихъ или юридическихъ качествахъ его и въ отношеніяхъ къ другимъ лицамъ.

Обманы въ тождествѣ обыкновенно совершаются посредствомъ присвоенія чужаго или вымышленнаго имени и фамиліи. Дѣйствіе безразличное или преступленіе противъ правъ состоянія, такіе обманы становятся элементомъ мошенничества тогда, если вслѣдствіе нихъ обманутый несетъ имущественную потерю, имѣя юридическій интересъ, чтобъ данное лицо было именно тѣмъ, за кого оно выдаетъ себя. Если этого нѣтъ, то неправильное обозваніе себя другимъ лицомъ даже въ имущественной сдѣлкѣ не составляетъ способа мошенничества; напр., Петръ,

¹⁾ Вотъ текстъ ст. 1701: «За продажу какого либо завѣдомо украденнаго или чрезъ насиліе или обманъ полученнаго имущества виновный въ томъ, если похищеніе было учинено другимъ и только было ему извѣстно, подвергается наказанію какъ пособникъ въ томъ преступленіи, чрезъ которое имущество получено...; когда же проданное кому либо имущество похищено или получено чрезъ обманъ самимъ продавцемъ, то наказаніе ему опредѣляется по правиламъ, въ ст. 152 сего Уложенія постановленнымъ, о совокупности преступленій.»

выдавая себя за Андрея, покупаетъ товаръ на наличныя деньги, слѣд., только направленіе дѣйствія на нарушеніе полноты имущественныхъ правъ другаго, на обольщеніе его мнимымъ вознагражденіемъ даетъ присвоенію чужаго имени и фамиліи значеніе составной части мошенничества. При чемъ, повторяю, оно должно быть направлено къ обману въ тождествѣ лица; иногда для этого существенно необходимо измѣненіе фамиліи и имени, но иногда и безъ измѣненія ихъ виновный можетъ достигнуть желаемого результата присвоеніемъ, напр., званія своего однофамильца.—Обманы въ тождествѣ лица, для котораго или отъ имени котораго получается отъ обманутаго какое либо имущество, обсуживаются по тѣмъ же началамъ; существеннѣйшій признакъ ихъ состоитъ въ томъ, что виновный выдаетъ существованіе между собой и другимъ лицомъ какихъ либо отношеній, являющихся основаніемъ полученія чужой вещи, между тѣмъ какъ ихъ въ самомъ дѣлѣ не существуетъ; и такъ какъ здѣсь потерпѣвшій отказывается отъ своего имущества только потому, что онъ ошибочно считалъ эти отношенія существующими и въ существованіи ихъ видѣлъ эквивалентъ или обезпеченіе за выданное, то ясно, что здѣсь есть условія правонарушенія, совершаемаго преступнымъ способомъ дѣйствія. Начало это признается всѣми европейскими законодательствами, съ тѣмъ лишь что судебная практика нѣкоторыхъ изъ нихъ выставляетъ особыя требованія отъ тѣхъ отношеній, въ которыхъ должны стоять между собою обманываемый и лицо, злоупотребленіе именемъ котораго составляетъ средство правонарушенія; и именно эти требованія указываются для тѣхъ случаевъ, когда потерпѣвшимъ было это послѣднее лицо. О нихъ мы скажемъ въ главѣ IV, а теперь ограничимся замѣчаніемъ, что практика кассац. сената справедливо признаетъ эти обманы входящими въ составъ мошенничества. Такъ Шадринъ, взявшій въ отсутствіи хозяевъ шубу Калашниковыхъ, успокоивъ служанку тѣмъ, что онъ будто бы посланъ за шубою самимъ Кал. и близко знакомъ съ нимъ (II, 409),—Ясинскій, пришедшій въ почтамтъ съ повѣсткою Лѣсневскаго и, выдавая себя за него, получившій и присвоившій себѣ деньги по его повѣсткѣ (IV, 972),—Воскресенскій, выдавшій себя обманнымъ образомъ за повѣреннаго купца Бѣляева и совершившій съ мѣщаниномъ Голосовымъ мнимую мировую сдѣлку за Бѣляева, взявъ за то отъ него, Голосова, деньги за прекращеніе дѣла, которыя

по обнаруженіи обмана не возвратилъ (V, 262), — были признаны совершившими мошенничество.

Обманы въ личныхъ качествахъ направляются на увѣреніе другаго лица въ существованіи на сторонѣ обманщика такихъ основаній, которыя, будь онѣ дѣйствительны, должны или могутъ заставить его думать, что обманщикъ имѣетъ право на требуемое или получаемое имъ, и такимъ образомъ побуждаютъ его свободно отказаться отъ своего имущества за получаемый будто бы эквивалентъ. Таковы: обманы въ правоспособности или дѣеспособности; обманы въ личной власти и правахъ на что либо; обманы въ личныхъ свойствахъ.

Обманы въ правоспособности и дѣеспособности состоятъ въ томъ, что лицо, имущественныя или иныя сдѣлки котораго объявляются закономъ недѣйствительными, выманиваетъ у другаго какое либо имущество за такую сдѣлку, ошибочно считаемую обманутымъ дѣйствительною. Такъ несовершеннолѣтній А., увѣривъ Б. въ своемъ совершеннолѣтіи, занимаетъ у него деньги, рассчитывая на то, что выдаваемое имъ обязательство не имѣетъ для него силы; — тоже дѣлаетъ расточитель, которому запрещено распоряжаться своимъ имуществомъ, или лице, состоящее подъ конкурсомъ или лишенное всѣхъ правъ состоянія. Въ разрѣшеніи случаевъ этого рода можно исходить изъ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія. Съ одной стороны можно указать, что постановленія гражданскихъ законовъ о недѣйствительности сдѣлокъ лицъ, недѣеспособныхъ или неправоспособныхъ, имѣютъ безусловную силу, такъ что сдѣлки ихъ не могутъ получить гражданского юридическаго значенія ни подъ какими условіями; отсюда можно вывести, что такъ какъ обманъ лица недѣеспособнаго въ этомъ своемъ качествѣ не можетъ дать ему дѣйствительности, то слѣд. онъ и не можетъ обязывать его къ вознагражденію потерпѣвшаго. Легко видѣть, однако, что только первое положеніе этого взгляда, по которому сдѣлка лица недѣеспособнаго ни подъ какими условіями не можетъ сдѣлаться дѣйствительною въ гражданско-правовомъ смыслѣ, оказывается убѣдительнымъ; напротивъ, отрицаніе на сторонѣ его въ виду такой недѣеспособности обязанности къ вознагражденію потерпѣвшаго черезъ-чуръ поспѣшно. Оно можетъ и должно имѣть мѣсто не какъ послѣдствіе сдѣлки, которой юридически не существуетъ, а какъ послѣдствіе преступленія, которое обязываетъ виновнаго къ вознагражденію незави-

симо отъ его дѣеспособности или правоспособности. Слѣд. обложение такихъ случаевъ наказаніемъ, представляя собою логическій выводъ изъ условій общаго состава мошенничества, вмѣстѣ съ тѣмъ не подрываетъ и государственныхъ или гражданскихъ узаконеній о послѣдствіяхъ неправопоспособности и недѣеспособности.

Однако, въ примѣненіи къ нашему праву необходимо замѣтить, что по духу его постановленій такіе обманы не входятъ въ составъ мошенничества. Это начало сквозитъ на каждой страницѣ его исторіи. Такъ когда въ русскую жизнь были введены векселя, то законъ запрещалъ очень многимъ состояніямъ лицъ обязываться векселями и, однако, ни разу не сопровождалъ этого запрещенія угрозою наказанія за мошенничество; такъ и въ настоящее время выдача купеческою женою векселя безъ изъявленія особо согласія со стороны мужа не сопровождается карательными послѣдствіями, хотя при нѣкоторыхъ условіяхъ вексель можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ. Въ подтвержденіе высказаннаго взгляда можно сослаться и на ст. 517 Улож. о наказ., которая прямо выдѣляетъ изъ мошенничества и не подвергаетъ никакому личному наказанію виновнаго въ запрещенной продажѣ рекрутской квитанціи, хотя бы онъ зналъ, что продажа ея по закону недѣйствительна. Въ частности относительно несовершеннолѣтія тотъ же взглядъ проводился и въ судебной практикѣ Государственнаго Совѣта по дѣлу Стрѣшенцова; онъ призналъ заключенную Стрѣшенцовымъ съ Скарлетомъ сдѣлку недѣйствительною вслѣдствіе несовершеннолѣтія, но вовсе не поднималъ вопроса о мошенничествѣ, хотя дѣло Стрѣшенцова представляло для того очень много основаній ¹⁾.

Нельзя не замѣтить, что такой взглядъ русскаго права можетъ выставить въ свою пользу нѣсколько вѣскихъ соображеній. Такъ 1) не нужно забывать, что объявленіе сдѣлокъ тѣхъ или другихъ лицъ недѣйствительными болѣею частью дѣлается не въ интересахъ этихъ, а другихъ лицъ; слѣдовательно, отмѣна недѣйствительности вслѣдствіе вины недѣеспособнаго падала бы всею своею тяжестью на лицъ неповинныхъ; 2) законодатель въ правѣ потребовать отъ сторонъ, чтобъ онѣ сами озаботились узнать, съ кѣмъ вступаютъ въ сдѣлку, и подавать имъ руку помощи только когда сторона исполнила все зависящее отъ нея.—Но ясное дѣло, что

¹⁾ См. часть I стр. 60.

первое изъ приведенныхъ соображеній, наиболѣе сильное, не касается того случая, когда виновный употребляетъ лицо недѣеспособное или неправопособное какъ средство обогащенія на счетъ другаго; напр., А., дѣеспособный, занимаетъ деньги у Б., склонивъ его принять обязательство вмѣсто себя отъ несовершеннолѣтняго, котораго онъ выдалъ за совершеннолѣтняго; — или А. выманилъ у Б. деньги за охотника въ рекруты, который къ военной службѣ не пригоденъ. Здѣсь поэтому должны имѣть полную силу узаконенія о мошенничествѣ.

Отъ указанныхъ юридическихъ качествъ лица должно отличать его физическія качества; составляя объективные признаки того или другаго лица, и онѣ несомнѣнно могутъ входить въ содержаніе обмана, но только подъ тѣмъ неперемѣннымъ условіемъ, чтобы онѣ въ самомъ дѣлѣ являлись фактическими признаками. Я нахожу нужнымъ сдѣлать эту оговорку и настаивать на ней именно потому, что очень часто физическія качества лица, какъ нѣчто объективно существующее, смѣшиваютъ съ выводами, дѣлаемыми, правда, на основаніи такихъ качествъ, но составляющими лишь субъективныя мнѣнія того или другаго лица. Таковы, напр., выводы объ умѣ лица, о храбрости его и пр., предлагаемые въ видѣ утвержденій, что данное лицо умно, храбро и т. под. Эти выводы о личныхъ качествахъ ничѣмъ не отличаются отъ выводовъ о качествахъ вещей и, наравнѣ съ ними, не могутъ входить въ содержаніе обмана (см. § 35). За выдѣленіемъ ихъ, мы получаемъ физическія качества, имѣющія объективное существованіе или могущія быть выданными за объективно-существующія и потому входящія въ общую группу фактовъ. Искаженіе ихъ сознательно есть ложь и, направляясь на обольщеніе другаго, она становится обманомъ. Любопытный случай этого рода встрѣтился въ нашей судебной практикѣ; Гурѣва, увѣривъ Куна, что съ того дня, какъ она родила ребенка, идетъ только четвертый мѣсяцъ, нанялась при помощи этого обмана въ кормилицы къ Куну, между тѣмъ какъ въ дѣйствительности оказалось, что она родила уже девятый мѣсяцъ тому назадъ, такъ что не могла быть кормилицей ¹⁾; она обвинялась въ мошенничествѣ, и ни судъ, ни прокуратура не сомнѣвались, что дѣйствіе ея дѣйствительно представляетъ наличность условій покушенія на мошенничество. Но здѣсь необходимо сдѣлать еще одно замѣчаніе; очень часто фи-

¹⁾ Судебный Вѣстникъ, 1868, № 105.

зическіе признаки указываются какъ условіе успѣшнаго исполненія того или другаго дѣйствія, за которое назначается имущественное вознагражденіе; причемъ послѣднее соразмѣряется не съ указываемыми качествами, а съ сдѣланными на самомъ дѣлѣ дѣйствіями и ихъ результатами. Здѣсь нельзя видѣть мошенничества потому, что средствомъ перехода имущества отъ одного лица къ другому является здѣсь не обманъ, а дальнѣйшая дѣятельность лица, при неисполненіи или неудовлетворительномъ выполненіи которой обязавшійся платить за нее имѣетъ право воздержаться отъ платежа и, если онъ далъ что либо въ задатокъ, потребовать возвращеніе его на основаніи неисполненія договора противною стороною. Напр., лицо, нанимаясь въ работники, говоритъ, что оно здорово, между тѣмъ оказывается, что у него есть грыжа; это обстоятельство даетъ нанявшему прекратить договоръ найма вслѣдствіе неисполненія условій его, такъ что личная репрессія за обманъ становится совершенно излишней.

Наконецъ, отъ физическихъ качествъ, имѣющихъ видъ матеріальныхъ признаковъ, должно отличать общія, духовныя свойства лица: трезвость, склонность къ женскому полу и т. под. Указаніе ихъ въ одно и тоже время представляется какъ указаніе прежнихъ фактовъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ завѣреніе въ опредѣленныхъ будущихъ обстоятельствахъ; притомъ обыкновенно практическое значеніе имѣетъ только послѣдняя сторона его; отсюда ясно, что выманиваніе чужаго имущества посредствомъ такихъ указаній имѣетъ видъ выманиванія увлеченіемъ будущимъ, что, какъ мы видѣли, далеко не одинаково съ обманомъ. Такъ, напр., А. нанимается въ кучера, заявляя, что онъ ведетъ (т. е. будетъ вести) трезвую жизнь; въ случаѣ противнаго А. виновенъ въ неисполненіи обѣщанія, но не въ мошенничествѣ.

Обманы въ личной власти состоятъ въ томъ, что одно лицо сообщаетъ другому ложныя указанія какихъ либо обстоятельствъ, направленные къ возбужденію у другаго ошибочнаго представленія, будто бы виновный имѣетъ какую либо власть, побуждающую обманутаго передать ему свое имущество. Они совершаются или выдаваніемъ на своей сторонѣ власти требовать имущество или побудить другаго отказаться отъ своего имущества въ виду обманно-присвоеннаго офиціального званія;—или выдаваніемъ на своей сторонѣ такихъ отношеній къ лицу, которому потерпѣвшій желалъ передать свое имущество, въ виду ко-

торыхъ обманутый считаетъ безразличнымъ передать его этому лицу или виновному ¹⁾. Тѣ и другіе случаи относятся нашей практикой къ мошенничеству. Такъ губернской секретарь Поповъ признанъ виновнымъ въ томъ, что подъ видомъ лица, имѣющаго право преслѣдовать противозаконныя дѣйствія по содержанію постоялыхъ дворовъ, взялъ съ нѣсколькихъ держателей такихъ дворовъ деньги два рубля (III, 113); волостной писарь Александръ Кургузовъ, увѣривъ крестьянина Кузьмина въ томъ, что онъ имѣетъ власть освободить его отъ рекрутской повинности, выманилъ у него такимъ обманомъ деньги въ количествѣ 52 р. и присвоилъ ихъ себѣ (III, 711); Бергъ и Сергухина признаны виновными въ томъ, что, подъ мнимымъ предлогомъ посредничества по выдачѣ купцу Рябкову въ заемъ 5000 руб., выманили у него, Рябкова, сумму денегъ менѣе 500 руб., причемъ Сергухина выдала себя за племянницу капиталистки (III, 577); — всѣ эти дѣйствія найдены удовлетворяющими условіямъ мошенничества.

Отъ разсмотрѣнныхъ случаевъ обмана въ лицѣ, личныхъ качествахъ и личной власти нужно отличать ту группу случаевъ, когда обманутымъ передается имущество не за указываемыя обманщикомъ личные качества и власть, а за совершеніе определенныхъ дѣйствій, за трудъ, который дѣйствительно совершается виновнымъ, но которымъ онъ заниматься не въ правѣ въ виду отсутствія на его сторонѣ необходимыхъ для того по закону условій. Таково, напр., врачебное шарлатанство, когда лицо, не имѣющее права заниматься врачебною практикою, выдаетъ себя за врача и получаетъ деньги за визиты. Они выдѣляются нашимъ правомъ изъ мошенничества ²⁾ на томъ простомъ основаніи, что здѣсь виновный доставилъ на самомъ дѣлѣ эквивалентъ за полученное имущество — свой трудъ, наказанію же здѣсь онъ подвергается и можетъ быть подвергнутъ только за то, что противозаконно началъ заниматься извѣстною отраслью труда, приносящаго доходъ. Поэтому тотъ же случай выдаванія себя за врача и пр. представить паличность всѣхъ элементовъ мошенничества, когда эквивалентъ, за который получено чужое имущество, самъ по се-

¹⁾ Если такіе обманы производятся возбужденіемъ суевѣрныхъ представленій о сверхъестественной власти и силахъ и служатъ способомъ выманиванія чужаго имущества, то они составляютъ особый видъ мошенничества, предусмотрѣнный ст. 933—935 Улож. о наказ.

²⁾ См., напр., о врачебномъ шарлатанствѣ ст. 104 Уст. о нак.; кб. пр. II, 182; IV, 715.

бѣ не имѣть никакого значенія, получая его лишь вслѣдствіе особеннаго положенія дающаго его, а между тѣмъ такое положеніе дающему не принадлежитъ; напр., выдача шарлатаномъ за деньги свидѣтельствъ о болѣзни, или свидѣтельствъ, дающихъ право на полученіе пенсіи, на освобожденіе отъ военной повинности и т. под.

§ 38. Кромѣ фактическихъ признаковъ предмета и лица, содержаніемъ обмана могутъ быть и другія обстоятельства или факты. Они бываютъ а) юридическіе и неюридическіе; б) вѣшніе и сокровенные.

Мы уже видѣли, что всякіе факты могутъ быть содержаніемъ обмана; въ примѣръ другихъ мы приводили и юридическія отношенія, искажаемыя посредствомъ обмана. Нѣтъ никакихъ основаній ставить въ этомъ отношеніи какія либо ограниченія для *юридическихъ нормъ*. Въ нашъ вѣкъ, мало того, самые крупные и вмѣстѣ съ тѣмъ ловкіе обманы производятся именно посредствомъ искаженія дѣйствительныхъ юридическихъ нормъ и увѣренія лица, что та сдѣлка, въ которую его заманиваютъ, имѣетъ совсѣмъ иное значеніе, чѣмъ на самомъ дѣлѣ; древняя старуха поддается ловкому законнику, убѣждаемая его увѣреніями, что передаточная надпись на долговомъ документѣ есть лишь актъ передовѣрія, а не передачи въ собственность этого обязательства; молодой человѣкъ, имѣющій все кромѣ юридическихъ познаній, залучается въ ловушку казуистическихъ законовѣдовъ, обирающихъ его до послѣдней нитки. Чѣмъ легче эти случаи съ точки зрѣнія уголовноправовой оцѣнки другихъ случаевъ, представленныхъ выше? Такой обманъ особенно опасенъ тогда, когда онъ имѣетъ своимъ содержаніемъ спеціальныя нормы, установленныя съ отступленіемъ отъ общаго правила; представьте себѣ, напр., что по утвержденному государственной властью уставу даннаго акціонернаго общества ему предоставлено право требовать съ акціонеровъ взносы втрое болѣе того, на который они подписываются, съ тѣмъ, что при неисполненіи такого требованія общество пріобрѣтаетъ въ собственность внесенную часть неаккуратнаго акціонера; и вотъ партія участниковъ общества залучаетъ къ себѣ капиталиста, уговариваетъ его взять акцій на крупную сумму, увѣривъ его, что правила этого общества таковы же, какъ и всѣхъ другихъ, и затѣмъ, объявивъ требованіе тройнаго взноса, пользуются затруднительнымъ положеніемъ обманутаго и

превращаютъ его имущество въ неприкосновенную собствен-
ность своего предпріятія. — Законъ (юрид. нормы) долженъ слу-
жить средствомъ охраны правъ, а не орудіемъ нарушенія ихъ.

Обыкновенно противъ включенія случаевъ этого рода въ со-
ставъ наказуемаго мошенничества замѣчаютъ, что юридическія
нормы предполагаются извѣстны всѣмъ гражданамъ и что отсту-
пленіе отъ этого начала, далеко не устранивъ возможности та-
кихъ обмановъ, поведетъ лишь къ чудовищному развитію ябедни-
чества и самыхъ неосновательныхъ исковъ. Но эти замѣчанія не
убѣдительны. Предположеніе знакомства съ закономъ, какъ из-
вѣстно, далеко не оправдывается дѣйствительностью; законовѣ-
дѣніе есть такая же спеціальная отрасль знаній, какъ и другія
спеціальности. Задачу же парализированія ябедничества при до-
пущеніи противнаго должно предоставить разумной дѣятельно-
сти судовъ, которые, конечно, будутъ признавать обманъ въ юри-
дическихъ нормахъ только при несомнѣнной доказанности, что
обманутый не зналъ ихъ и обманщикъ воспользовался этимъ не-
знаніемъ, извративъ факты ¹⁾.

Кромѣ этого дѣленія, слѣдуетъ различать обстоятельства
внѣшнія и обстоятельства внутреннія, сокровенныя. Первые имѣютъ или выдаются имѣющими внѣшнее существова-
ніе въ моментъ самаго обмана и могутъ быть констатированы
судомъ. Вторые, напротивъ, коренятся въ глубинѣ души виновна-
го и потому не представляютъ такого осязательнаго существова-
нія. Сюда относятся:

дѣйствительное намѣреніе (напр. *animus se obligandi*) и по-
бужденіе, мотивъ дѣятельности виновнаго. Такъ А. беретъ у Б.
деньги въ заемъ съ намѣреніемъ не отдать ихъ и обманывая Б.
въ дѣйствительности своего намѣренія; А. покупаетъ у Б. книгу
для контрафакціи, обманно увѣряя, что онъ покупаетъ ее для
прочтенія;

¹⁾ См. также Gruzieski, Studien, 44. — Въ рѣшеніи по дѣлу Галкина (V, 879)
Б. С. также согласился, что юридическія нормы могутъ быть содержаніемъ мо-
шенническаго обмана. Галкинъ, волостной писарь, былъ признанъ виновнымъ въ
томъ, что выманилъ у крестьянина Савельева 25 руб. обѣщаніемъ отыскать за-
конъ, по которому раздѣлъ Савельева съ племянниками можетъ быть признанъ
законнымъ, тогда какъ Галкину, по званію волостнаго писаря, было не безыз-
вѣстно, что самовольные раздѣлы закономъ не признаются; судъ примѣнилъ къ
его дѣйствию 173 и 2 п. 174 ст. Уст. о наказ., съ чѣмъ согласился и сенатъ.
Ясно, что обѣщаніе отыскать законъ въ данномъ случаѣ равносильно утвержде-
нію въ существованіи такого закона, т. е. содержаніемъ заявленія виновнаго
являются здѣсь факты, а не голое увѣщеніе будущимъ обстоятельствомъ.

сокровенныя чувства одного лица къ другому, каковы любовь, дружба, уваженіе или презрѣніе и т. под. Напр., А., притворяясь влюбленнымъ въ Б., пользуется ея имуществомъ; А., притворяясь глубоко уважающимъ Б., этимъ способомъ выманиваетъ у Б. постоянное пособіе для себя въ формѣ пенсіона.

Хотя обстоятельства внутреннія, сокровенныя также относятся къ области фактовъ и въ обыкновенномъ разговорномъ языкѣ искаженіе ихъ нерѣдко обзывается обманомъ, но въ юридическомъ смыслѣ здѣсь не можетъ быть признана наличность послѣдняго. Причина этого, конечно, лежитъ не въ томъ, что намѣреніе относительно будущаго не можетъ быть признано фактомъ¹⁾; оно существуетъ или не существуетъ уже въ моментъ обмана и потому выдѣлять его изъ области фактовъ нѣтъ ровно никакихъ основаній. Нельзя видѣть ее также и въ томъ, будто бы личные мотивы дѣятельности одной стороны совершенно безразличны для другой и не могутъ произвести рѣшительно никакихъ измѣненій въ юридической сферѣ другаго, т. е. не могутъ быть рассматриваемы какъ опредѣляющіе дѣятельность теряющаго свое имущество²⁾; дѣйствительность показываетъ, напротивъ, что указаніе ложныхъ мотивовъ и особенно лживыхъ чувствъ составляетъ одну изъ наиболѣе удачныхъ ловушекъ для простаковъ. Но дѣло въ томъ, что законодатель, съ одной стороны, не можетъ потребовать ни отъ кого гласности своего внутренняго міра. Съ другой — земное правосудіе не должно включать въ свою дѣятельность оцѣнку обстоятельствъ и отношеній, по самому существу своему не подлежащихъ точному констатированію при помощи тѣхъ грубыхъ средствъ доказыванія, которыя имѣются въ его рукахъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ оно рискуетъ впасть въ самыя страшныя ошибки; даже собственное признаніе подсудимаго не достаточно, съ юридической точки зрѣнія, для признанія достовѣрности ихъ; судъ можетъ добиться только вѣроятности, и притомъ въ высшей степени сомнительной. Сюда необходимо прибавить еще одно соображеніе; хотя несомнѣнно, что обстоятельства рассматриваемой группы составляютъ факты въ самомъ строгомъ смыслѣ этого слова, по онѣ имѣютъ ту характеристическую черту, что дѣйствительность или недѣйствительность ихъ открывается только въ моментъ времени, слѣдующій за обманомъ

¹⁾ Köstlin, Abhandlungen aus d. Strafrechte, стр. 146.

²⁾ Köstlin, ibid. стр. 153; Gryziecki, в. с. стр. 43.

относительно ихъ. Такъ, напр., намѣреніе не уплатить заемъ получаетъ внѣшнее, единственно важное для юриста бытіе только въ моментъ отказа исполнить справедливое требованіе кредитора. А если такъ, то искаженіе ихъ можетъ быть разсматриваемо только какъ невѣрное указаніе будущаго обстоятельства, а не какъ обманъ въ фактахъ. Отсюда ясно также, что если искаженіе дѣйствительнаго намѣренія, мотивовъ или чувствъ сопровождалось и подкрѣплялось обманомъ во внѣшнихъ фактахъ, опредѣлившихъ другаго отказаться отъ своего имущества, то случаи этого рода представляютъ наличность всѣхъ условій мошенничества; но не потому, что виновный обманулъ другаго въ своемъ намѣреніи или мотивахъ, а потому, что онъ обманулъ его во внѣшнихъ фактахъ; поэтому юридическій составъ дѣйствія опредѣляется значеніемъ послѣднихъ, а не первыхъ.

Тотъ же взглядъ проводится и русскимъ законодательствомъ; подъ обманомъ оно всюду понимаетъ обольщеніе относительно обстоятельствъ внѣшнихъ, осязаемыхъ, строго выдѣляя отсюда обманы въ намѣреніи, въ сокровенныхъ чувствахъ лица, въ побужденіяхъ и мотивахъ его дѣятельности. Уложеніе изданій 1845 и 1857 гг., кромѣ общаго опредѣленія мошенничества, дававшее множество отдѣльных примѣровъ его, въ ряду послѣднихъ не содержитъ ни одного, который бы относился къ такимъ сокровеннымъ обстоятельствамъ. Соображенія редакторовъ проекта Уложенія къ ст. 2107 и 2109 его (1665 и слѣд. Улож. изд. 1866) также показываютъ, что они не имѣли намѣренія расширять содержаніе обмана, какъ способа дѣйствія въ мошенничествѣ, на обстоятельства внутреннія, сокровенныя¹⁾. Тотъ же взглядъ, на-

¹⁾ Проектъ новаго Уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ, стр. 1395: «Подъ симъ названіемъ (воровство-мошенничество) всѣ мы понимаемъ похищеніе чужаго движимаго имущества посредствомъ какого либо обмана». Стр. 1396 и 1397: «На семъ основаніи (такъ какъ свойство сего преступленія состоитъ въ обманѣ, то при опредѣленіи строгости наказаній надлежало обращать вниманіе на разные виды сего обмана и на большую или меньшую противозаконность средствъ, употребленныхъ виновнымъ для достиженія своей цѣли) мы признаемъ одною изъ высшихъ степеней воровства-мошенничества, когда виновный, для успѣха въ своемъ предпріятіи, выдавалъ себя за лицо дѣйствующее по порученію начальства, или за чьего либо уполномоченнаго, повѣреннаго или служителя, или присвоивалъ себѣ чужое имя или званіе... За симъ мы опредѣляемъ наказанія за разные другіе виды воровства-мошенничества, каковы суть: склоненіе кого либо посредствомъ лживыхъ извѣстій или внушеній къ какой либо выдачѣ денегъ или иного движимаго имущества, или же, напротивъ, къ покупкѣ за непомѣрную цѣну; подмѣны въ съѣстныхъ припасахъ, товарахъ или иныхъ вещахъ тѣми, коимъ было поручено препровожденіе оныхъ, къ ущербу лица, отъ коего они имѣли сіе порученіе; обмѣръ и

конецъ, проводится и уголовнымъ кассационнымъ сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Колтовскаго (IV, 767) онъ прямо высказываетъ, что «мошенническимъ обманомъ слѣдуетъ считать лишь завѣдомо ложное удостовѣреніе о существованіи такого обстоятельства, котораго въ дѣлѣ не имѣется», и отказался признать такимъ обстоятельствомъ намѣреніе не исполнить даваемое обѣщаніе; въ рѣшеніи по дѣлу Степанова (IV, 299) для состава мошенничества призналъ необходимымъ обманъ въ фактахъ, ложное обозначеніе которыхъ есть средство выманиванія чужаго имущества. Словомъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда лицо получаетъ отъ другой стороны какое либо имущество подъ предлогомъ вступленія съ нею въ сдѣлку, на самомъ дѣлѣ не имѣя намѣренія исполнить вытекающія изъ нея обязанности, нельзя видѣть мошенничества, если при этомъ не было обмана въ какихъ либо внѣшнихъ фактахъ, склоняющихъ обманутаго къ передачѣ своего имущества. Къ сожалѣнію, наша судебная практика не всегда слѣдуетъ этому началу. Даже кассационный сенатъ, не смотря на приведенныя рѣшенія, иногда отступалъ отъ него; такъ онъ призналъ мошенничество въ дѣйствіи Каганова, который, взявъ 25 рублевый билетъ будто бы для размѣна, а на самомъ дѣлѣ съ намѣреніемъ присвоить его, не возвратилъ его и даже отрицалъ взятіе его (V, 283; сюда примѣнены ст. 173 и 4 п. 174 ст. Уст. о Наказ.); — въ дѣйствіи Макарихина, незаплатившаго сполна за купленную вещь подъ предлогомъ, что не долженъ платить за нее, и взявшаго эту вещь съ намѣреніемъ присвоить ее безъ платежа (IV, 784); — въ дѣйствіи Пустошкиной, которая, взявъ у кредитора свою долговую росписку подъ предлогомъ платежа, уничтожила ее, не заплативъ долга (IV, 44). Но эта квалификація, стоящая въ явномъ разладѣ съ вышеуказанными соображеніями и взглядами редакторовъ Уложенія, вмѣстѣ съ тѣмъ подрывается самимъ сенатомъ и, по всей вѣроятности, скоро будетъ имъ совершенно оставлена.

Повторяю, однако, что если обманы въ намѣреніи и мотивахъ сопровождались и подкрѣплялись обманомъ во внѣшнихъ фактахъ, то послѣдніе могутъ представить достаточное основаніе для признанія мошенничества. Таковы, напр., случаи выманиванія чужаго имущества подъ видомъ сдѣлки, т. е. тѣ, гдѣ обманно

обвѣсь при продажѣ, куплѣ или мѣнѣ какихъ либо вещей, отпускъ одной вещи вмѣсто другой къ ущербу пріобрѣтателя, или же обманъ при расчетахъ или размѣнѣ денегъ. Объ измѣненіяхъ, внесенныхъ Устав. о Нак., я скажу во II отдѣленіи.

выдаются существующими элементы сдѣлки, которыхъ на самомъ дѣлѣ не существуетъ; такъ:

А., выдавъ себя за Б., занимаетъ у В. деньги и выдаетъ долговой документъ отъ имени Б.;

А., увѣривъ неграмотнаго Б., что написанная имъ на его долговомъ документѣ надпись есть передовѣріе для взысканія долга, склоняетъ этимъ Б. подписать ее крестами, а между тѣмъ оказывается, что имъ сдѣлана надпись о передачѣ документа въ собственность другому лицу;

Закладчикъ Галевскій, написавъ отъ имени другаго лица закладную квитанцію на свои вещи въ непомерно высокую цѣну, черезъ посредство другихъ продаетъ эту квитанцію и такимъ образомъ выманиваетъ у выкупающаго по ней закладъ его имущество обманомъ въ предметѣ. Наличность мошенничества въ этихъ случаяхъ, конечно, не подлежитъ сомнѣнію.

§ 39. Обстоятельства, входящія въ содержаніе обмана какъ способа дѣйствія мошенничества, должны быть таковы, что указаніе ихъ способно опредѣлить другое лицо къ передачѣ своего имущества обманщику, т. е. должны быть пригодны быть мотивомъ чужой дѣятельности. Не слѣдуетъ, конечно, требовать, чтобъ онѣ вызвали такую чужую дѣятельность какъ свое необходимое послѣдствіе (Гюнтеръ); и въ томъ случаѣ, когда онѣ побуждаютъ другое лицо передать свое имущество, потому что въ виду ихъ оно ошибочно считаетъ это согласнымъ съ своими интересами, онѣ не перестаютъ быть пригоднымъ содержаніемъ мошенническаго обмана; такой отвѣтъ долженъ быть данъ потому, что и въ послѣднемъ случаѣ виновный злоупотребляетъ чужою распознавательною способностью, предлагая ей лживыя фактическія основы, слѣд., и здѣсь переходъ къ нему имущества на самомъ дѣлѣ совершается безъ воли и согласія обманываемаго. Кромѣ того, разграниченіе въ практикѣ опредѣляющихъ и побуждающихъ основаній дѣятельности, т. е. такихъ, которыя вызываютъ ее какъ необходимое послѣдствіе отъ такихъ, гдѣ дѣятельность лица вызывается расчетами на полученіе прибыли и т. п., въ высшей степени затруднительно, а нерѣдко и вовсе невозможно. Его не знаетъ и наше законодательство, признающее возможнымъ способомъ дѣйствія мошенничества всякій обманъ.

Обстоятельства, могущія опредѣлить другое лицо къ передачѣ имущества, называются существенными для такой его дѣя-

тельности; и такъ какъ свободная передача имущества при полученіи за него какого либо эквивалента обусловливается согласіемъ получаемаго эквивалента съ предполагаемымъ, то значить существенныя обстоятельства суть тѣ, которыя по представленію лица составляютъ эквивалентъ (матеріальный или нематеріальный) за теряемое имъ имущество. Всѣ затѣмъ другія обстоятельства, не имѣющія этого значенія, суть безразличныя и обманъ относительно ихъ не входитъ въ составъ мошенничества. Отсюда ясно, что предлагаемое дѣленіе не тождественно съ гражданскоправовымъ дѣленіемъ условій сдѣлки на *essentialia, naturalia et accidentalia*¹⁾, ни съ двучленнымъ дѣленіемъ обмана въ гражданскомъ правѣ на обманъ, обусловливающий недействительность всей сдѣлки или только обязывающій виновнаго къ вознагражденію ущерба съ тѣмъ, что сдѣлка остается въ своей силѣ (*dolus causam dans contractui et dolus incidens; — dol substantiel et dol accidental*). Послѣдній па столько же можетъ быть пригоденъ для наличности обмана въ существенныхъ обстоятельствахъ, какъ и первый, такъ что хотя сдѣлка не уничтожается, но виновный подвергается личной отвѣтственности и обязанъ вознаградить потерпѣвшаго за причиненный ущербъ. Центръ тяжести такимъ образомъ здѣсь должно видѣть въ томъ вліяніи, которое имѣетъ указаніе даннаго обстоятельства на дѣйствіе другаго лица и въ какомъ соотношеніи оно стоитъ съ передачею имущества.

Обманы въ безразличныхъ обстоятельствахъ могутъ имѣть своимъ содержаніемъ тѣже факты, какъ и обманы въ существенныхъ обстоятельствахъ; таковы существованіе, количество и качество какого либо предмета, тождество и качества лица, юридическія нормы и всѣ другія обстоятельства. Но они входятъ въ группу безразличныхъ только подъ тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, чтобы въ данномъ случаѣ не имѣли значенія эквивалента за выманиваемое имущество, чтобы такимъ образомъ передача его, если она имѣетъ мѣсто, происходила по какому либо иному основанію. Таковы, напр., появившіяся послѣ объявленія прошло-

¹⁾ Напр. ст. 1426—1428 т. X ч. I зак. гражд. относительно купли-продажи не разрѣшаютъ вопроса о существенныхъ и безразличныхъ обстоятельствахъ въ уголовноюридическомъ смыслѣ. Съ тройнымъ же гражданскоправовымъ дѣленіемъ приведенное сходится развѣ только въ томъ, что обстоятельства, не составляющія *essentialia, naturalia* и *accidentalina negotii*, т. е. не входящія въ составъ сдѣлки, не могутъ быть и существенными въ уголовноюридическомъ смыслѣ; таковы, напр., мотивы дѣятельности. См. также § 61.

годней войны рекламы полотняныхъ торговцевъ въ С.-Петербургѣ, что они должны идти на войну и потому уступаютъ свой товаръ за безцѣнокъ. Любопытный примѣръ безразличнаго обмана, встрѣтившійся въ германской судебной практикѣ, сообщаетъ Арнольдъ ¹⁾. Къ одному изъ продавцевъ лотерейныхъ билетовъ въ Дрезденѣ является ремесленникъ, говоритъ, что ему снились нѣсколько №№ билетовъ, и покупаетъ ихъ; на самомъ дѣлѣ оказалось, что билеты куплены ремесленникомъ не потому, что они снились ему, — этого вовсе небыло, — а потому, что онъ уже зналъ результатъ розыгрыша этой лотереи, бывшаго въ Лейпцигѣ, и купилъ выигравшіе №№; такъ что, слѣд., рассказъ о снѣ былъ только средствомъ устраненія сомнѣній, могущихъ возбудиться у продавца въ виду требованія опредѣленныхъ №№. Ясно, однако, что этотъ рассказъ безразличенъ въ юридическомъ отношеніи; продавецъ продалъ билеты не потому, что повѣрилъ ему, а полагая, что лотерея еще не разыграна; слѣдовательно, моментъ вліянія дѣйствія ремесленника на продавца лежитъ не въ сообщеніи этого разсказа, а въ несообщеніи о происшедшемъ уже розыгрышѣ, т. е. въ умолчаніи истины; ниже мы увидимъ, насколько такая форма дѣйствія достаточна для состава мошенничества.

Понятіе безразличныхъ обстоятельствъ, замѣтилъ я, не исчерпывается тѣми, которыя стоятъ внѣ состава сдѣлки, совершенно особнякомъ отъ нея. Онѣ могутъ также входить въ содержаніе ея, если только благодаря обстановкѣ даннаго случая не производятъ никакого вліянія на передачу имъ своего имущества обманщику; т. е. если, не смотря на то, что онѣ касаются элементовъ сдѣлки, не составляютъ, однако, эквивалента за передаваемое имущество ²⁾. — Согласно сказанному нѣтъ мошенничества, когда обманъ имѣетъ своимъ содержаніемъ только предназначеніе, какое виновный желаетъ сдѣлать изъ получаемого имущества, даваемого ему въ полную его собственность; такъ, напр., А. одождаетъ деньги, говоря, что на нихъ онъ хочетъ завести какое ли-

¹⁾ Въ N. Arch. Crim. R. 1853, статья: Ueber Betrug bei Eingehung eines zweiseitigen Vertrages, стр. 507.

²⁾ Ту же мысль прекрасно формулируетъ Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, II, 141: «не достаточно, чтобъ вредъ на сторонѣ одного контрагента былъ бы не возможенъ безъ дѣйствія другаго; обманъ имѣетъ юридическое значеніе лишь въ такомъ случаѣ, когда одинъ предлагаетъ лживыя основы для дѣятельности другаго, превращая ее такимъ образомъ въ несвободную; отвѣтъ долженъ быть иной, если онъ облегчаетъ лишь возможность другому дѣйствовать согласно собственнымъ представленіямъ и желаніямъ, хотя бы даже послѣдніе вызвали для него ущербъ».

бо предпріятіе для себя, а между тѣмъ о такомъ предпріятіи онъ вовсе не думалъ и деньги ему понадобились на игру; А. вырашиваетъ себѣ деньги будто бы на пищу, а на самомъ дѣлѣ пропиваетъ ихъ и оказывается, что пищею онъ обезпеченъ. Вотъ почему всѣ новѣйшія законодательства и въ числѣ ихъ русское право (ст. 50 Уст. о Наказ.) выдѣляютъ изъ мошенничества обманное нищенство, т. е. выманиваніе денегъ и другихъ вещей посредствомъ обмана въ своей состоятельности съ молчаливопринимавшею обязанностью употребить ихъ для насущныхъ потребностей. И такъ какъ это выдѣленіе основано на томъ, что въ случаяхъ этого рода обстоятельства, входящія въ содержаніе обмана, даже въ глазахъ потерпѣвшаго не составляютъ эквивалента за передаваемое имущество (онъ лежитъ въ удовлетвореніи мотивовъ благотворительности, въ надеждѣ на вознагражденіе за него Божествомъ и т. под.) и обращеніе съ просьбой о милостынѣ доставляетъ лишь дарящему больше удобствъ дѣйствовать согласно съ его собственными мотивами благотворительности, то ясно, что отвѣтъ долженъ быть другой, когда съ просьбою о милостынѣ соединяется обманъ въ обстоятельствахъ, составляющихъ въ глазахъ дарящаго эквивалентъ за передаваемое имущество ¹⁾. Это начало должно быть положено въ основу разграниченія обманнаго нищенства отъ мошенничества; какъ бы ни были ловки и презрѣнны уловки просящаго, но если онъ направленъ лишь къ возбужденію состраданія къ нему самому или его семейству и вызываютъ передачу имущества какъ слѣдствіе мотивовъ благотворительности, а не мнимаго расчета, въ нихъ нельзя видѣть мошенничества. Таковы именно случаи, сообщенные въ № 173 «Петерб. Листка» 1869 года. Одинъ изъ нихъ передается корреспондентомъ такъ:

«Недавно въ Александровскомъ паркѣ, у бесѣдки стоялъ мальчикъ лѣтъ 12 съ пустымъ лоткомъ и горько плакалъ. Двѣ, весьма прилично одѣтыя дамы съ видимымъ участіемъ разспрашивали его о причинѣ горя.

¹⁾ Конечно, если въ законахъ даннаго государства не постановлено противнаго, то при обманномъ нищенствѣ подарившій имѣетъ право требовать обратно свой даръ; у насъ ст. 48 Уст. о Наказ. не признаетъ этого права при нищенствѣ въ указанномъ смыслѣ слова, а если милостыня дана вслѣдствіе обмана въ обстоятельствахъ, составляющихъ эквивалентъ за нее, т. е. если она руководилась не мотивами благотворительности, а расчетомъ, то, согласно к. р. по дѣлу Кучеровскаго подарившій имѣетъ право обратно получить свой подарокъ.—Спеціальная статья объ обманномъ нищенствѣ по германскому праву принадлежитъ Löwe, Ueber betrügerisches Betteln, въ Allgem. Gerichtszeitung für das K. Sachsen von Schwarze, 1868, Heft 1 und 2.

— Матушки, барыньки! говорилъ мальчикъ, заливаясь слезами; я спички продаю отъ хозяина; сегодня слишкомъ на рубль продалъ... бумажку вымѣнялъ... иду вотъ домой, крѣпко держу въ рукѣ... согрѣшилъ — потерялъ... выронилъ... только четыре копѣйки осталось!.. Бѣда мнѣ: изобьетъ меня хозяинъ... до смерти бьетъ!.. Охъ, Господи, что будетъ...

Добрыя дамы переглянулись между собой.

— Дадимъ ему рубль пополамъ?

— Согласна.

Уже дамы начали доставать свои портмоне въ намѣреніи сдѣлать доброе дѣло, какъ вдругъ въ сторонѣ раздалось рѣзкое—цсс!.. и къ мѣсту сцены стремглавъ подбѣжалъ мальчикъ, тоже съ пустымъ лоткомъ.

— Ванька!.. городской!.. крикнулъ онъ и побѣжалъ далѣе.

Ванька, уже не дожидаясь обѣщаннаго рубля, съ быстротою зайца, поднятаго гончими, бросился вслѣдъ за своимъ товарищемъ и исчезъ. Дамы изумились и вопросительно поглядѣли другъ на друга.

— Что это значитъ? «Не постигаю».

— А это наши баловники, матушки-барыни, балуются, отвѣтила имъ оборванная старуха-салоппница; матери научать ихъ, небось просили у васъ, плакали. Имъ и подавать-то грѣхъ, матушки-барыни,... а вотъ мнѣ, старушкѣ, на хлѣбъ не пожалуете-ли.

Дамы дали старухѣ 10 коп. и пошли. Мнѣ почему-то показалось, что старуха эта должно быть если не тетка, то навѣрняка бабушка убѣжавшихъ мальчиковъ.»

Другой случай состоялъ въ томъ, что мальчикъ, выдавъ себя за нѣмаго и весьма ловко разыгравъ эту сцену, получилъ такимъ образомъ милостыню, между тѣмъ оказалось, что онъ вовсе не нѣмой. — Отвѣтъ не измѣняется, хотя бы даже виновный для доказательства своей бѣдности, глухонѣмоты и т. под. представилъ поддѣланные документы: здѣсь имѣютъ мѣсто ст. 50 Уст. о нак. и 300 Улож., а не постановленія о мошенничествѣ.

Напротивъ, когда выманиваніе милостыни производится посредствомъ обмана въ фактахъ, на дѣйствительность которыхъ дарящій рассчитываетъ какъ на эквивалентъ за выдаваемое имущество, то обманное нищенство превращается въ мошенничество. А это имѣетъ мѣсто 1) когда для полученія дара виновный обманываетъ дарящаго въ такихъ личныхъ качествахъ или въ совершеніи имъ будто бы такихъ дѣйствій, которыя (качества и дѣйствія) составляютъ по представленію дарящаго эквивалентъ за передаваемое имущество, такъ что передача является результатомъ расчета, а не благотворительности, и вызывается представленіемъ дарящаго, будто бы просящій имѣетъ какое либо фактическое основаніе получить даръ. Такъ, напр., сюда отойдетъ тотъ случай, когда виновный, выдавая себя за сына или племянника другаго, письменно просить у него денежную помощь и получа-

еть ее. Уголовный кассац. сенатъ проводить то же начало. Кучеровскій, отставной поручикъ, былъ признанъ присяжными засѣдателями виновнымъ въ томъ, что, назвавшись квартальнымъ поручикомъ или помощникомъ надзирателя 4 квартала Якиманской части (въ Москвѣ), вновь опредѣленнымъ къ должности, выпросилъ у нѣкоторыхъ обывателей того квартала въ даръ денегъ 8 руб. на обмундированіе; домогательство защиты о примѣненіи къ поступку Кучеровскаго ст. 50 Уст. о наказ. сенатъ отвергъ по слѣдующимъ соображеніямъ:

«По точному разуму 1665 ст. Улож. и 174 ст. Уст. о нак. отличительный признакъ преступленія мошенничества составляетъ похищеніе или приобрѣтеніе денегъ и другаго имущества посредствомъ такого обмана. черезъ который владѣлецъ соглашается на выдачу имущества похитителю, полагая, что на полученіе его похититель имѣетъ извѣстное право, или почитая таковую выдачу, вслѣдствіе сообщенныхъ похитителемъ ложныхъ извѣстій, для себя выгодною. Примѣняя этотъ признакъ къ дѣянію Кучеровскаго въ томъ видѣ, въ какомъ оно признано присяжными засѣдателями, нельзя не признать, что оно содержитъ въ себѣ тотъ самый отличительный признакъ мошенничества, который указанъ въ приведенныхъ законахъ. Присяжные засѣдатели признали Кучеровскаго виновнымъ въ томъ, что онъ, назвавшись полицейскимъ надзирателемъ, вновь опредѣленнымъ въ 4-й кварталъ Якиманской части, выпросилъ у нѣкоторыхъ обывателей того квартала деньги на обмундированіе; слѣд., выманилъ эти деньги подъ такимъ ложнымъ предлогомъ, по которому обыватели почитали себя въ нѣкоторой степени обязанными (лучше-бъ было выразиться «выгоднымъ для себя», потому что, какъ я замѣтилъ въ началѣ этого §, обязательность дѣйствія вслѣдствіе обмана не составляетъ условія мошенническаго обмана) оказать ему вспомошествованіе, каковой обманъ положительно предусмотрѣнъ во 2 п. 174 ст. Уст. о наказ. За симъ не представляется сомнѣнія въ томъ, что такой проступокъ Кучеровскаго не можетъ быть отнесенъ, какъ домогается его повѣренный, къ числу тѣхъ обмановъ при испрошеніи милостыни, о которыхъ упоминается въ 50 ст. Уст. о наказ., черезъ которые похититель имѣетъ единственною цѣлью подѣйствовать на добровольное чувство благотворительности частныхъ лицъ, для которыхъ такое требованіе не представляется нисколько обязательнымъ. По симъ соображеніямъ, признавая, что окружной судъ въ опредѣленіи свойства преступленія Кучеровскаго и слѣдующаго за оное наказанія не нарушилъ прямого смысла 1665, 1667 ст. Улож. о наказ. и 2 п. 174 ст. Уст. о наказ., налаг. мировыми суд., Правительствующій Сенатъ опредѣляетъ: жалобу повѣреннаго Кучеровскаго оставить безъ послѣдствій» (к. р. IV, 67).

2) Мошенничество имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда виновный выпрашиваетъ милостыню, сообщая, будто бы на это онъ уполномоченъ какимъ либо благотворительнымъ учрежденіемъ и пр., такъ что даящій полагаетъ, что его даръ идетъ не въ пользу обманщика, а въ пользу какого либо благотворительнаго дѣла, агентомъ котораго состоитъ просящій. Здѣсь выдаваемое иму-

щество получается совсѣмъ не для того предназначенія, на которое оно выдается. Такъ, и Уст. о наказ. (п. 2 ст. 174) признаетъ мошенничествомъ выманиваніе чужаго имущества подъ видомъ благотворительныхъ приношеній. Редакція ст. 48 Уст. о наказ.: «за хожденіе, безъ надлежащаго дозволенія, съ книгами или образами для сбора на церкви, монастыри и другія богоугодныя заведенія, когда при томъ не было мошенничества (ст. 174 п. 2, 175 и 176), виновные, сверхъ отобранія собранныхъ денегъ, подвергаются денежному взысканію не свыше двадцати пяти рублей», можетъ подать поводъ думать, что и выманиваніе для себя чужаго имущества подъ видомъ сбора на церкви, монастыри и другія богоугодныя заведенія въ нашемъ правѣ выдѣлено изъ мошенничества. Но это мнѣніе опровергается словами ст. 48 «когда при томъ не было мошенничества» и чрезвычайно легкимъ наказаніемъ, положеннымъ за предусмотрѣнное въ ней дѣйствіе; оба эти обстоятельства несомнѣнно свидѣтельствуютъ, что ст. 48 имѣетъ своей задачей запретить лишь собраніе денегъ для церквей, монастырей и другихъ богоугодныхъ заведеній безъ надлежащаго разрѣшенія и, слѣд., должна примѣняться только къ тѣмъ случаямъ, когда не доказано, что виновный имѣлъ намѣреніе обращать собираемыя деньги въ свою собственную пользу; отсутствіе въ дѣйствительности той цѣли, для которой будто бы собирается имущество (напр. при сборахъ на погорѣвшую церковь — несуществованіе такой церкви или отсутствіе пожара), слѣдовательно, составляетъ предположеніе въ пользу мошенничества ¹⁾.

Къ разряду безразличныхъ обстоятельствъ должны быть также отнесены сообщенія пріѣхавшихъ фокусниковъ о невѣроятныхъ будто бы фокусахъ, дѣлаемыхъ членами ихъ труппы; ворожба, т. е. ложныя увѣренія о существованіи на сторонѣ виновнаго способности предсказывать будущее и т. под. Всѣ эти случаи представляютъ или обманъ въ такихъ обстоятельствахъ, которыя въ представленіи потерпѣвшаго не составляютъ эквивалента за передаваемое имущество доставляя ему лишь больше удобствъ распоряжаться имуществомъ по своему собственному желанію, или, по большей мѣрѣ, увлеченіе будущимъ, которое, видѣли мы, должно отличать отъ обмана; таковы именно афиши фокусниковъ, обѣщающія зрителямъ чудеса тысячи и одной ночи, между тѣмъ

¹⁾ См. также Неклюдова. Руководство, II, 215.

какъ исполненіе оказывается неудовлетворяющимъ самымъ скромнымъ требованіямъ.

Спорными могутъ представиться слѣдующіе случаи: а) Возбужденіе неосновательнаго страха и выманиваніе этимъ путемъ чужаго имущества. Признаніе этого обманомъ въ существенныхъ или безразличныхъ обстоятельствахъ зависитъ отъ содержанія возбужденнаго страха; если оно таково, что выдача имущества предназначается именно служить эквивалентомъ за устраненіе основаній страха, то обманъ въ немъ есть обманъ въ существенныхъ обстоятельствахъ (потому что онъ вызываетъ дѣятельность другого лица, опирающуюся при этомъ на лживыхъ фактическихъ основахъ), и на оборотъ ¹⁾. При этомъ совершенно безразлично, возбуждается-ли опасеніе неосновательной матеріальной потери или какого либо менѣе осязаемаго, идеальнаго вреда. Для наличности условій обмана требуется лишь, чтобы возбужденіе такого опасенія производилось искаженіемъ фактовъ въ указанномъ выше смыслѣ. Другой вопросъ — должно-ли всякое возбужденіе неосновательнаго страха относить къ мошенничеству, или нѣтъ; его мы рассмотримъ въ главѣ VI.

б) Тоже должно сказать о возбужденіи, для выманиванія чужаго имущества, неосновательныхъ надеждъ посредствомъ выдаванія фикціи за истину, т. е. посредствомъ обмана. И здѣсь центръ тяжести лежитъ въ томъ, составляли ли эти надежды эквивалентъ за передаваемое имущество или онѣ были совершенно чужды акту передачи. Напр. А. и Б. объявляютъ, что имъ для ихъ золотыхъ присковъ необходимы управляющіе, могущіе представить обезпеченіе по 5,000 р., между тѣмъ какъ въ дѣйствительности золотыхъ присковъ у нихъ нѣтъ и объявленіе сдѣлано лишь для вымани-

¹⁾ Кассац. сенатъ также соглашается, что устраненіе причинъ страха или опасности можетъ быть рассматриваемо какъ эквивалентъ за передаваемое имущество. Этотъ взглядъ ясно выразился въ рѣшеніи по дѣлу Аича (IV, 865), который обвинялся и былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что выманилъ 15 р. у Губарева, застрашавъ его, что онъ уже подалъ на причиненное ему Губаревымъ оскорбленіе, и обязываясь при уплатѣ 15 руб. взять жалобу обратно, между тѣмъ какъ она еще не была подана. Съѣздъ примѣнилъ къ дѣйствию Аича 173 и 2 п. 174 ст. Уст. о Наказ.; но сенатъ, имѣя въ виду, что «указываемыя во 2 п. 174 ст. ложныя извѣстія должны быть таковы, чтобы онѣ могли побудить обманутаго къ совершенію невыгодной для него сдѣлки, а въ настоящемъ случаѣ для Губарева было совершенно безразлично, подалъ ли уже или только намѣревается подать на него Аичъ жалобу лишь бы по мнѣнію его существовалъ поводъ для подачи ея, рѣшеніе съѣзда отмѣнилъ. Другими словами, онъ призналъ, что отказъ Аича отъ права преслѣдовать Губарева за оскорбленіе есть эквивалентъ за полученное имъ имущество и такъ какъ обмана въ эквивалентѣ нѣтъ, то не можетъ быть рѣчи и о мошенничествѣ.

ванія капиталовъ, даваемыхъ въ видѣ обезпеченія; такъ какъ именно утвержденіе въ существованіи пріисковъ и возникшая вслѣдствіе того надежда на полученіе мѣста побудили обманутыхъ выдать свое имущество, то очевидно, что обманъ относительно существованія и образа существованія пріисковъ, или вообще относительно условій полученія мѣста является обманомъ существеннымъ, а не безразличнымъ. Напротивъ, представьте себѣ, что А. возбуждаетъ обманомъ надежду у Б. на полученіе доходнаго мѣста и, подъ шумокъ веселыхъ грезъ Б., успѣваетъ выпросить у него какое либо имущество; здѣсь, вслѣдствіе отсутствія обмана въ эквивалентѣ, отвѣтъ долженъ быть обратный.

III. Формы обмана и поле дѣятельности его.

§ 40. Формы обмана, т. е. тѣ внѣшніе образы, къ которымъ прибѣгаетъ дѣятель для искаженія истины и обольщенія другихъ лицъ, весьма разнообразны. Вліяніе формы очень важно, такъ какъ далеко не всякая форма искаженія истины имѣетъ одинаковое значеніе на тотъ умственный процессъ, который называется возникновеніемъ представленій и понятій. Наиболѣе обычно изъ нихъ является человѣческое слово; оно или выдаетъ несуществующее за существующее, или, напротивъ, фактъ за небылицу, или искажаетъ образъ существованія ихъ. Разсматривая это искаженіе истины въ его изолированномъ положеніи, независимо отъ того, желаетъ ли дѣятель сдѣлать его основою для какого либо чужаго дѣйствія или бездѣйствія, его называютъ ложью когда оно производится словомъ. Когда ложь имѣетъ своей задачей опредѣлить другаго къ чему либо, она становится словеснымъ обманомъ. Слѣд., для понятія его необходимо, чтобъ человѣкъ воспроизвелъ какіе либо звуки разговорной рѣчи, смыслъ которыхъ (завѣдомо) противорѣчитъ дѣйствительности.

Но человѣческое слово, прибѣгая къ звукамъ въ живомъ разговорѣ одного лица съ другимъ, выражается и иными знаками; если они имѣютъ условный опредѣленный смыслъ, то, противорѣча дѣйствительности фактовъ, могутъ быть на столько же годной формой обмана какъ и разговорные звуки. Таковы письмо, печать, картины, планы, музыкальные звуки и т. под.

Обманы письменные многими сторонами сталкиваются съ подлогомъ, хотя, конечно, далеко не всякій письменный обманъ есть подлогъ. Такъ не подлежитъ прежде всего сомнѣнію, что когда

письмо употребляется виновнымъ лишь какъ орудіе личнаго свидѣтельства объ опредѣленныхъ фактахъ, то оно рѣшительно ни въ чемъ не разнится отъ словесной рѣчи. Гораздо болѣе трудностей представляютъ случаи, въ которыхъ письменная форма составляетъ не только орудіе личнаго свидѣтельства, а орудіе матеріальнаго подкрѣпленія какихъ либо обманныхъ сообщеній, входящихъ въ содержаніе личнаго свидѣтельства. Но и ихъ нельзя причислять всѣ безъ дальнихъ околичностей къ подлогу.

Правда, въ исторіи нашего права, какъ я имѣлъ уже случай замѣтить ¹⁾, выраженію «подлогъ» иногда придавали очень широкій смыслъ. Было время, когда подложное и лживое, подлогъ и обманъ представлялись синонимами. Даже въ дѣйствующемъ законодательствѣ кое-гдѣ остались слѣды такой терминологіи; Х т. I ч. Свода Законовъ содержитъ въ себѣ одинъ чрезвычайно крупный примѣръ ея; ст. 701 его гласитъ, что для дѣйствительности договора «произволь и согласіе должны быть свободны. Свобода произвола и согласія нарушается 1) принужденіемъ, «2) подлогомъ», между тѣмъ какъ этимъ вторымъ пунктомъ обнимаются рѣшительно всѣ обманы, бывшіе причиною возникновенія договора (*ibid.* ст. 699, 700, 706, 1407, 1408 и др.) Тамъ же въ ст. 1416 продавецъ одного и того же имѣнія нѣсколькимъ лицамъ порознь названъ «подложнымъ продавцемъ». Даже Уложеніе о Наказ. въ нѣкоторыхъ мѣстахъ употребляетъ слово «подлогъ» именно въ такомъ широкомъ смыслѣ; укажу, напр., ст. 1164 ²⁾ и 1167 ³⁾ его.

Но эти случаи въ дѣйствующемъ правѣ представляются аномальностями, стоящими въ явномъ противорѣчій съ тою мыслью, которая положена въ основу понятія подлога какъ самостоятельнаго преступленія. Оно ограничивается теперь поддѣлкою и измѣненіемъ документовъ, печатей и иныхъ клеймъ, словомъ, такихъ только предметовъ, которые по государственнымъ законамъ имѣютъ значеніе легальныхъ судебныхъ доказательствъ опредѣленныхъ отношеній; если подобное значеніе дается имъ только обычаемъ какой либо мѣстности, не признаваемымъ процессуальными законами государства, то поддѣлка ихъ не составляетъ под-

¹⁾ См. часть I стр. 34, 35, 42, 43, 61, 62, 78—81.

²⁾ «Лица, участвовавшія въ подлогахъ» (т. е. въ обманныхъ дѣйствіяхъ) злонамѣреннаго банкрота».

³⁾ Здѣсь «подлоги» означаютъ всѣ тѣ обманы, которые предусмотрены ст. 1166 Улож.

лога въ юридическомъ смыслѣ. Таковы напр. бирки, т. е. гладко расколотыя длинныя палочки съ отмѣтками на нихъ долга одного лица другому. Центръ тяжести подлога лежитъ, однако, не въ обманчивомъ содержаніи поддѣльваемыхъ знаковъ, а въ составленіи или употребленіи ихъ однимъ лицомъ за другое безъ надлежащаго уполномочія, т. е. въ присвоеніи всецѣло принадлежащаго въ данномъ случаѣ другому лицу права облекать свои распоряженія въ извѣстную форму. А, совершая отъ своего имени крѣпостной актъ на продажу будто бы своего имѣнія, котораго у него вовсе нѣтъ, не можетъ быть признанъ виновнымъ въ подлогѣ, а въ преступленіи, предусмотрѣнномъ ст. 1699, т. е. въ одномъ изъ особенныхъ видовъ мошенничества, хотя содержаніе составленнаго имъ акта отъ начала до конца есть явная ложь. Чиновникъ, заказывающій для даннаго присутственнаго мѣста по его порученію печать, рисунокъ которой завѣдомо для него не согласенъ съ утвержденнымъ правительствомъ или даже собственноручно измѣненъ имъ съ отступленіемъ отъ образца, не можетъ быть наказанъ по ст. 296 Улож. Только въ двухъ случаяхъ наше законодательство отступаетъ отъ этого начала. Одинъ изъ нихъ—служебный подлогъ (ст. 361—365 Улож.), составъ котораго очень широкъ: кромѣ измѣненія и поддѣлки документовъ, онъ обнимаетъ завѣдомо ложное изложеніе содержанія его, утайку, истребленіе и похищеніе какихъ либо актовъ, между тѣмъ какъ въ другихъ случаяхъ эти дѣйствія категорически выдѣлены изъ подлога (ст. 1622, 1657 Улож.). Другой—даваніе для подписи слѣпому иной бумаги вмѣсто слѣдовавшей согласно съ его желаніемъ и намѣреніемъ. Но эти постановленія какъ исключительныя должны подлежать ограничительному толкованію и потому отнюдь нельзя согласиться съ практикою нѣкоторыхъ нашихъ судовъ по существу, которые по аналогіи примѣняютъ ст. 1693 и тогда, когда виновный обманомъ далъ лицу не слѣпому иной актъ, а не слѣдовавшій согласно его желанію и намѣренію: тутъ можно видѣть лишь мошенничество, производимое смѣшанною формою обмана (словомъ и дѣйствіемъ). Что касается затѣмъ нарушенія формальнаго момента какъ характеристическаго признака подлога, то хотя безъ него не мыслимы нормальные виды его, однако отсюда еще не слѣдуетъ, будто бы во всѣхъ случаяхъ наличности этого момента должно видѣть подлогъ. Въ этомъ отношеніи необходимо различать двѣ основныя

группы подлога по нашему праву: одна изъ нихъ, рассматриваемая въ ряду преступленій противъ порядка управленія, а иногда въ другихъ раздѣлахъ, но съ тѣмъ же характеромъ, обнимаетъ поддѣлки документовъ и печатей, исходящихъ отъ различныхъ органовъ государственной власти; другая знаетъ подлогъ какъ одинъ изъ способовъ нарушенія чужихъ имущественныхъ правъ. Между составами этихъ группъ лежитъ цѣлая пропасть; въ первой указанный формальный моментъ выступаетъ во всей своей силѣ: всякое сознательное измѣненіе чего бы то ни было въ такихъ документахъ, сдѣланное безъ участія общественной власти съ намѣреніемъ выдать ихъ за исходящія отъ нея есть подлогъ; виновный присвоилъ себѣ принадлежащее общественной власти право измѣнять или составлять опредѣленные документы, ergo — онъ совершилъ преступленіе противъ порядка управленія, рассуждаетъ законодатель. Во второй, напротивъ, указывается матеріальный предметъ нарушенія, не связанный такъ тѣсно съ формальными средствами охраны его: составленіе или измѣненіе документа, печати и т. под. составляетъ здѣсь лишь одинъ изъ способовъ нарушенія чужаго имущества. Понятно такимъ образомъ, что здѣсь преступному намѣренію должно быть отведено болѣе видное мѣсто; въ первой группѣ оно вмѣщается въ завѣдомости о поддѣлкѣ съ указ. намѣреніемъ, такъ какъ здѣсь неприкосновенность формы есть вмѣстѣ съ тѣмъ право государственной власти, т. е. предметъ преступленія; во второй, напротивъ, предметъ нарушенія стоитъ отдѣльно отъ неприкосновенности актовъ и документовъ, а потому условія внутренней стороны состава расчленяются: завѣдомость о поддѣлкѣ недостаточна необходимо намѣреніе нарушить чужое имущественное право такою поддѣлкою. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 1692, предусматривающая подлогъ документовъ, составляемыхъ безъ участія органовъ государственной власти, требуетъ, чтобъ поддѣланные или измѣненные документы, акты или иныя бумаги «въ дѣлахъ исковыхъ или тяжёбныхъ, или въ дѣлахъ торговыхъ могли быть по закону принимаемы въ доказательство права на имущество, или принятыхъ къ исполненію обязательствъ» и, конечно, чтобъ такіа измѣненія могли вліять на положеніе чужой имущественной сферы; это доказывается заголовкой раздѣла XII, подъ которой помѣщены ст. 1690—1698: «о преступленіяхъ и проступкахъ противъ собственности частныхъ лицъ». А извѣстно, что

различіе въ предметѣ нарушенія обусловливаетъ и различіе во внутреннихъ условіяхъ преступности. Поэтому еслибъ, напр., въ завѣщаніи было написано: «моему бездѣльнику племяннику такому то завѣщаю пять тысячъ рублей», и племянникъ замѣнилъ бы слово «бездѣльникъ» другимъ болѣе лестнымъ для него, то въ такомъ измѣненіи завѣщанія нельзя видѣть подлога въ смыслѣ ст. 1691. Въ связи съ этимъ стоитъ и юридическій характеръ тѣхъ случаевъ подлога, въ результатѣ которыхъ оказалось дѣйствительное нарушеніе чужаго имущества и переходъ предметовъ его къ виновному; если это было послѣдствіемъ подлоговъ первой группы, то къ нимъ должны быть примѣняемы постановленія о совокупности преступленій: съ одной стороны, о нарушеніи права неприкосновенности данной формы, т. е. о подлогѣ, съ другой — о мошенничествѣ, потому что здѣсь нарушены два стоящіе подъ юридической охраной предмета, и притомъ такъ, что нарушеніе одного не входитъ въ составъ преступнаго нарушенія другаго. Напротивъ, во второй группѣ не могутъ имѣть мѣста постановленія о совокупности преступленій, потому что здѣсь — одинъ предметъ нарушенія; а то обстоятельство, что для состава подлога и въ частныхъ документахъ и бумагахъ законъ не требуетъ оконченаго нарушенія чужаго имущественнаго права, ровно ничего не говоритъ противъ защищаемаго мнѣнія, показывая лишь, что въ этомъ видѣ законодатель желалъ сравнять наказуемость покушенія съ наказуемостью совершенія ¹⁾).

Изъ приведенныхъ соображеній ясно, на сколько имѣетъ значеніе указанный формальный моментъ въ этой второй группѣ подлога. Постановленіями о немъ законодатель ограждаетъ отъ нарушеній имущество данныхъ лицъ посредствомъ нарушенія ихъ права — на неприкосновенность указанной формы, или тѣхъ лицъ, выдаваемые которыми документы обязываютъ ихъ къ какой либо имущественной потерѣ. Это вовсе не особенность подлога;

¹⁾ Подробное разсмотрѣніе подлога не входитъ въ задачу этого сочиненія и потому мнѣ приходится ограничиваться лишь бѣглыми замѣтками. — Изъ многихъ кк. рр. по этому вопросу упомяну о рѣшеніи по дѣлу Доспѣхова (II, 323), гдѣ предъявленіе иска именемъ умершаго и подписываніе себя въ прошеніяхъ его именемъ признано мошенничествомъ, а не подлогомъ; — по дѣлу Сарычева (II, 327), гдѣ тотъ же отвѣтъ данъ относительно уничтоженія надписей и другихъ измѣненій въ просроченномъ билетѣ ссудной казны съ намѣреніемъ обмануть частное лицо; — дѣло Лютикова (IV, 351), гдѣ признано, что понятіе документа опредѣляется гражданскими законами. См. также к. р. III, 370; IV, 4, 117 и 992, V, 282 и рѣш. Госуд. Совѣта по дѣлу о Селецкомъ (Сборн. стр. 156).

напротивъ, такое соотношеніе между способомъ дѣйствія и предметомъ нарушенія есть общее правило для всѣхъ преступленій. Грабежъ, напр. имѣетъ мѣсто только въ томъ случаѣ, когда виновный нападаетъ на владѣльца похищаемаго имущества; если же, на примѣръ, отецъ бьетъ своего сына, требуя отъ посторонняго человека его имущество за прекращеніе побоевъ и дѣйствительно получаетъ чужое имущество, то здѣсь не можетъ быть рѣчи о грабежѣ; точно также и въ мошенничествѣ: если я обманулъ Б., вслѣдствіе чего тотъ не доставилъ образцы своихъ фабрикъ на выставку, между тѣмъ какъ я раньше обмана держалъ съ В. пари на большую сумму, утверждая, что Б. не доставитъ своихъ образцовъ и, такимъ образомъ, при помощи обмана выигралъ пари, то здѣсь нѣтъ условій мошенничества. Слѣд., и подлога какъ преступленія противъ чужаго имущества нѣтъ, если имуществу лица, правомъ составленія документовъ и пр. котораго злоупотребляетъ виновный, не угрожаетъ опасность отъ подлога, такъ что послѣдній служитъ лишь однимъ изъ матеріальныхъ подкрѣпленій лжи для обольщенія другихъ лицъ. А это открывается или изъ содержанія поддѣланнаго или измѣненнаго акта, или изъ назначенія, которое намѣренъ дать ему виновный; мы видѣли, что къ такому именно началу, послѣ долгихъ колебаній, должна была придти французская судебная практика, по общему признанію юристовъ всей Европы самая развитая на нашемъ материкѣ ¹⁾).

Для большей наглядности изложенныхъ мыслей, взглянемъ на нихъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ казусамъ.—Я сказалъ, что только такой документъ или иная бумага могутъ быть содержаніемъ подлоговъ второй группы, которые «въ дѣлахъ исковыхъ или тяжёбныхъ, или же въ дѣлахъ торговыхъ ²⁾ могутъ быть принимаемы по закону въ доказательство права на имущество, или принятыхъ кѣмъ либо обязанностей.» Отсюда 1) поддѣлка недѣйствительныхъ по закону документовъ вслѣдствіе недѣеспособности или неправопоспособности лицъ, выдавшихъ эти документы, не составляетъ подлога; поэтому если подсудимый въ доказательство своей невинности ссылается на недѣеспособность или неправопоспособность лица, отъ имени котораго составленъ документъ, то

¹⁾ См. часть I § 86.

²⁾ Т. е., какъ видно изъ сопоставленія ихъ съ дѣлами исковыми и тяжёбными, въ дѣлахъ, подлежащихъ разбирательству на основаніи постановленій по торговому праву и судопроизводству. ■

судъ долженъ примѣнить ст. 27 Уст. Угол. Суд.; если же составленіе такого документа было средствомъ обмана другихъ лицъ и выманиванія у нихъ имущества за мнимый эквивалентъ, то примѣняются постановленія о мошенничествѣ безъ обращенія дѣла къ гражданскому производству. 2) Между тѣмъ какъ при недѣйствительности документа вслѣдствіе отсутствія матеріальныхъ основъ юридической силы его не можетъ быть рѣчи и о покушеніи на подлогъ (здѣсь нѣтъ документа въ юридическомъ смыслѣ, слѣд., дѣйствіе виновнаго направляется на мнимый объектъ), при недѣйствительности его вслѣдствіе отсутствія поддѣлки формальностей, предписанныхъ для признанія за даннымъ документомъ юридическаго значенія, должны имѣть мѣсто постановленія о покушеніи на подлогъ: виновный началъ посягательство на годный объектъ, но не довелъ своей дѣятельности до конца. Если, напротивъ, доказано, что онъ не имѣлъ намѣренія соблюсти всѣ формальности, зная ихъ, и напр. поддѣлалъ бумагу отъ имени другаго лица безъ подписи для выманиванія имущества, то подобное дѣйствіе можетъ быть разсматриваемо развѣ какъ мошенничество, но ни въ какомъ случаѣ какъ подлогъ или какъ покушеніе на подлогъ, потому что въ данномъ случаѣ нѣтъ намѣренія продолжать свою дѣятельность для совершенія подлога. Такой именно взглядъ принятъ уголовнымъ кассац. департаментомъ въ рѣшеніи по дѣлу Троцкаго (V, 282). Троцкій между прочимъ былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, во избѣжаніе платежа по заемному письму Семчевской, сочинивъ отъ имени ея черновой проектъ росписки въ полученіи будто бы отъ него разновременно платежа долга, но безъ поддѣлки ея подписи, склонилъ Шестопалова перенести эту росписку на бѣло, но былъ остановленъ отъ дальнѣйшаго приведенія своего намѣренія въ исполненіе арестованіемъ его; сенатъ нашелъ, что за это дѣйствіе Троцкій долженъ быть наказанъ какъ за покушеніе на подлогъ домашней росписки, такъ какъ хотя въ составленномъ имъ черновомъ проектѣ не было подписи, но судомъ признано, что отъ поддѣлки подписи Семчевской онъ былъ удержанъ независящими отъ него обстоятельствами. Я не стану входить въ разсмотрѣніе вопроса, правильно ли въ данномъ случаѣ признано покушеніе и не слѣдовало ли, напротивъ, видѣть здѣсь только приготовленіе; я склоняюсь болѣе къ послѣднему; но теперь для меня важно лишь то обстоятельство, что Сенатъ призналъ покушеніе на подлогъ только въ

виду доказанности намѣренія закончить актъ, соблюсти, сколько дозволяютъ знанія виновнаго, всѣ формальности.—3) Только поддѣлка такихъ документовъ и бумагъ можетъ быть признана подлогомъ, которые по закону составляютъ доказательство правъ на имущество или принятыхъ къмъ либо обязанностей. Поэтому поддѣлка документовъ, которые по содержанию своему не угрожаютъ опасностью нарушенія имущественныхъ правъ лица, будто бы выдавшаго документъ, не составляетъ подлога, хотя можетъ быть признана способомъ мошенничества, если при помощи ея виновный выманилъ у другаго какое либо имущество; такъ напр. поддѣлка сыномъ письма отца о помощи себѣ безъ принятія послѣднимъ обязательства уплатить за сына, поддѣлка имъ письма посторонняго лица, которому отецъ будто бы поручилъ написать распоряженіе о выдачѣ сыну денегъ не обнимаются составомъ подлога. — Наконецъ 4) наличность подлога документовъ рассматриваемой группы обусловливается тѣмъ, чтобы фактъ поддѣлки документа грозилъ имущественной сферѣ лица, отъ имени котораго составляется документъ или которому принадлежит измѣняемый документъ. Поэтому составленіе какихъ бы то ни было бумагъ отъ имени лицъ вымышленныхъ, не существующихъ, не составляетъ подлога; это признано и кассационнымъ сенатомъ въ приведенномъ уже рѣшеніи по дѣлу Львова, который хотя и подписался на оставленномъ имъ въ магазинѣ счетѣ за забранные въ кредитъ товары именемъ князя Шаховскаго, но былъ наказанъ лишь по постановленіямъ о мошенничествѣ. Только относительно документовъ, совершаемыхъ крѣпостнымъ порядкомъ, изъ этого правила сдѣлано въ пользу подлога отступленіе, которое объясняется тѣмъ, что въ составленіи такихъ документовъ принимаютъ участіе органы государственной власти. Однако, хотя сенатъ и согласился въ рѣшеніи по дѣлу Львова съ защищаемымъ взглядомъ, онъ сталъ въ прямое противорѣчіе съ нимъ въ рѣшеніи по дѣлу Галебскаго (V, 67). Закладчикъ Галебскій признанъ былъ виновнымъ въ томъ, что, симулируя закладъ ему имущества будто бы постороннимъ лицомъ, написалъ самъ себѣ закладную квитанцію, положилъ подъ соотвѣтствующій ей № свои вещи цѣною въ 154 и обозначилъ на квитанціи ложно стоимость заклада въ 300 р., затѣмъ, при посредствѣ подставной заемщицы, продалъ эту квитанцію постороннему лицу и получилъ въ выкупъ положенныхъ вещей сумму, превышающую дѣйствительную

стоимость ихъ, т. е. посредствомъ обмана выманилъ чужое имущество. Сенатъ нашелъ, что «подобныя дѣйствія соотвѣтствуютъ понятію о преступленіи, опредѣленномъ въ ст. 1688 п. 3 и 1692 Улож. о наказ., а не преступленію мошенничества, указанному 173 и 174 ст. Уст. о Наказ., такъ какъ для введенія въ обманъ была составлена подложная квитанція, т. е. составленная, какъ призналъ съѣздъ, отъ вымышленнаго лица.» Но рѣшительно ни одно изъ основаній, приводимыхъ кас. сенатомъ, не выдерживаетъ самой снисходительной критики. Такъ а) закладныя квитанціи совершаются не крѣпостнымъ порядкомъ и потому (ст. 1690, 1692 Улож.) составленіе ихъ отъ имени вымышленнаго лица не есть подлогъ; б) лицо, потерпѣвшее имущественный ущербъ, и лицо, правомъ неприкосновенности документовъ котораго злоупотребилъ Галебскій, не тождественны между собою и не стоятъ въ такихъ юридическихъ отношеніяхъ, которыя свидѣтельствовали-бы о солидарности ихъ имущественныхъ правъ; в) хотя составленная отъ имени вымышленнаго лица квитанція есть юридически не-дѣйствительная, мнимая, но, какъ призналъ и кас. сенатъ въ рѣшеніи по дѣламъ Воскресенскаго (V, 262) ¹⁾ и Львова (V, 239), обманъ выдачею мнимаго обязательства за получаемое въ видѣ эквивалента за него имущество есть обыкновенное мошенничество, а не подлогъ; г) я уже указалъ неумѣстность совмѣстнаго примѣненія постановленій о подлогѣ документовъ 2-й группы съ постановленіями о мошенничествѣ и особенныхъ видахъ его. Наконецъ, д) ссылка кас. сената на рѣшеніе по дѣлу Бердышева (II, 164) также не можетъ быть названа умѣстной потому, что и это рѣшеніе страдаетъ тѣми же погрѣшностями, хотя въ меньшей мѣрѣ, такъ какъ Бердышевъ 1) подписался на выданномъ имъ обязательствѣ о поступленіи по найму въ военную службу не вымышленнымъ именемъ, а именемъ лица дѣйствительно существующаго, паспортомъ котораго онъ для этого противозаконно воспользовался; и 2) такъ какъ потерпѣвшій Пановъ введенъ былъ этимъ обманомъ въ письменное обязательство, наличность котораго, какъ увидимъ, необходимо требуется для состава пре-

¹⁾ Воскресенскій былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, выдавъ себя обман-нымъ образомъ за повѣреннаго купца Бѣляева и совершивъ съ Голосовымъ, должникомъ Бѣляева, мнимую мировую сдѣлку по взысканію съ него денегъ, взялъ отъ Голосова себѣ деньги за прекращеніе дѣла, которыя по обнаруженіи обмана не возвратилъ. Сенатъ призналъ, что ст. 174 Уст. о Наказ. примѣнена къ этому дѣйствию правильно. См. также к. р. II, 323.

ступленія, предусмотрѣннаго ст. 1688 ¹⁾). По всѣмъ указаннымъ соображеніямъ отнюдь нельзя согласиться съ взглядами, проведенными въ рѣшеніи по дѣлу Галѣбскаго и слѣдуетъ считать ихъ отмѣненными самимъ сенатомъ въ позднѣйшихъ его рѣшеніяхъ

¹⁾ Нельзя не обратить вниманія на прекрасныя соображенія защитника, приведенныя въ кассационной жалобѣ по этому дѣлу. Московскій окружной судъ формулировалъ дѣйствіе Бердышева какъ вовлеченіе мѣщанина Панова въ обманъ и въ расходы посредствомъ (sic.) заключенія съ нимъ подъ именемъ Дмитріева условія о поступленіи за семейство Панова въ рекруты, и, какъ видно изъ рѣшенія присяжныхъ, въ удостовѣреніе будто-бы указанного имъ званія предъявлялъ непринадлежащее себѣ свидѣтельство Дмитріева. Защита доказывала, что отвѣты присяжныхъ обрисовываютъ дѣяніе подсудимаго въ слѣдующемъ видѣ: «мѣщанинъ Бердышевъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, съ цѣлью выманить у Панова деньги и вещи, онъ заключилъ съ послѣднимъ отъ имени Дмитріева мнимое условіе, въ которомъ будто бы обязывался поступить за него въ рекруты, и при этомъ предъявилъ Панову видъ, принадлежащій Дмитріеву. Очевидно, что составъ преступленія заключается здѣсь ни въ чемъ иномъ, какъ въ мошенническомъ присвоеніи чужой собственности (угощеніе и платье, цѣною, по заявленію самого потерпѣвшаго отъ преступленія, въ 20 руб.), при чемъ виновный присвоилъ себѣ чужое имя. Мнимое условіе было недѣйствительно съ самаго начала, ибо оно не могло имѣть никакихъ юридическихъ послѣдствій для сторонъ, въ немъ участвовавшихъ, ни для Дмитріева, которому принадлежалъ предъявленный Бердышевымъ билетъ. Такимъ образомъ заключеніе условія ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признано обманомъ для побужденія къ дачѣ обязательства (ст. 1688 Улож.), ибо для этого нужно было-бы во 1-хъ, чтобы обязательство было юридически дѣйствительно, и во 2-хъ, чтобы этотъ договоръ служилъ виновному не средствомъ для совершенія другаго преступленія, а цѣлью. Въ фактическомъ составѣ преступленія, признанномъ присяжными, не заключается и другаго условія, необходимаго для того, чтобы проступокъ Бердышева могъ быть подведенъ подъ послѣднюю часть ст. 1688 Улож. о Нак., ибо предъявленіе чужаго подлиннаго вида не можетъ быть признано подлогомъ и нигдѣ въ Уложеніи подлогомъ не названо. И заключеніе условія, и подписаніе его были здѣсь не болѣе, какъ однимъ изъ мошенничествъ, указанныхъ въ п. 2 ст. 174 Уст. о Наказ., а предъявленіе чужаго вида было лишь дѣйствіемъ, сопровождавшимъ совершеніе другаго преступленія — присвоенія ложнаго имени, предусмотрѣннаго ст. 1418 Улож. и п. 7 ст. 175 Уст. о Наказ.» Напротивъ, сенатъ нашелъ, что «прямой смыслъ этого рѣшенія указываетъ на виновность Бердышева въ вовлеченіи Панова въ сдѣлку, имѣвшую для него невыгодныя послѣдствія, для чего употребленъ былъ Берд. не только обманъ, но и подлогъ. Хотя защитникъ Б. отвергаетъ, чтобы обманъ относился къ невыгодной для Панова сдѣлкѣ, такъ какъ она недѣйствительна и служила лишь средствомъ къ полученію новаго платья и угощенія, но это возраженіе не основательно, потому что всякая сдѣлка служитъ для достиженія какой либо цѣли и, будучи составлена правильно, почитается дѣйствительною, пока нарушеніе свободы произвола обманомъ или подлогомъ не будутъ доказаны; такъ точно и въ настоящемъ случаѣ сдѣлка служила средствомъ къ полученію не только платья и угощенія, а также и условленныхъ въ ней 150 р., которые могли быть (!) выплачены до открытія обмана, если бы онъ обнаружился позднѣе (по поступленіи Бердышева въ военную службу?). Равномѣрно не имѣетъ основанія и другое возраженіе защитника подсудимаго, будто бы въ дѣйствіяхъ Бердышева не заключается никакого подлога въ законномъ объ этомъ преступленіи смыслѣ. Возраженіе это положительно опровергается тѣми постановленіями, въ которыхъ отнесены къ подложнымъ дѣйствіямъ какъ пользованіе чужимъ видомъ съ выдачею его за свой (Улож. ст. 977), такъ и учиненіе фальшивой подписи или составленіе акта отъ чужаго или вымышленнаго имени съ выдачею себя за другое лицо (Улож. ст. 362 и 1690 ч. 2)». Но независимо отъ приведенныхъ уже соображе-

по дѣламъ Львова и Воскресенскаго. Но кромѣ документовъ отъ имени лицъ вымышленныхъ, поддѣлка документовъ отъ имени дѣйствительныхъ лицъ также не можетъ быть признана подлогомъ, если, совершаясь безъ участія общественной власти, она не имѣла задачей нарушить имущественные интересы лицъ, имена которыхъ подписаны на документѣ, или ихъ представителей и наслѣдниковъ. Таковъ, напр., случай, когда домовладѣлецъ, желая продать подороже свой домъ, поддѣлываетъ наемные договоры или измѣняетъ цифры въ оплаченныхъ уже наемныхъ договорахъ, чтобы тѣмъ ввести покупателя въ заблужденіе относительно стоимости своего дома.

§ 41. Обманы путемъ печати также возможны и потому наравнѣ съ разсмотрѣнными выше входятъ въ группу формъ мошенническаго обмана. Любопытный случай этого рода сообщенъ «С.-Петерб. Вѣдомостями» въ № 168 за 1870 годъ. Харнасонъ, торговавшій подъ фирмою «Th. Rosenfeld», напечаталъ и разослалъ объявленія, будто онъ получилъ для продажи 300 штукъ непромокаемыхъ пальто, новѣйшихъ фасоновъ и изъ самой лучшей англійской матеріи. Артистка французскаго театра Арсень Деэ, прочтя это объявленіе, пошла въ магазинъ означенной фирмы и заказала три такихъ пальто, лично получивъ удостовѣреніе, что онѣ сдѣланы изъ матеріи дѣйствительно непромокаемой. Ясно, впрочемъ, что личность удостовѣренія здѣсь не измѣняетъ дѣла и отвѣтъ былъ бы одинаковъ, если бы загородный читатель вслѣдствіе объявленія сдѣлалъ себѣ заказъ письменно и послалъ деньги. Получивъ пальто, Арсень Деэ одѣла его въ одинъ изъ дождливыхъ дней, но оказалось, что она промокла какъ нельзя лучше; эксперты засвидѣтельствовали, что купленное Деэ пальто положительно не имѣетъ никакихъ свойствъ непромокаемости, что оно, какъ и всякое другое, пропускаетъ воду и стоитъ не болѣе 10 руб. Хотя Деэ предъявила къ Харнасону только гражданскій искъ, но мировой судья совершенно правильно нашелъ здѣсь проступокъ, предусмотрѣнный ст. 173 Уст. о Наказ.; въ напеча-

ній, кас. сенату приходится возразить, 1) что 977 ст. предусматриваетъ пользованіе чужимъ видомъ для проживанія по нему или для переѣзда, т. е., какъ показываетъ и заголовокъ VIII раздѣла, проступокъ противъ общест. благоустройства и благочинія, притомъ не названный подлогомъ; 2) ст. 362 и 2 п. 1690 суть постановленія спеціальныя, исключительныя, которыя поэтому должны подлежать ограничительному толкованію. Къ этому нужно прибавить, что самъ сенатъ (III, 881; IV, 1102) отказался отъ взглядовъ, высказанныхъ въ рѣшеніи по дѣлу Бердышева.

таніи же и разсылкѣ объявленій онѣ увидѣлъ особое приготовленіе къ обману, что, конечно, не вѣрно, такъ какъ печать служила здѣсь лишь формою для обмана въ качествѣ. Подобный же примѣръ обмана въ качествѣ мы указали выше: тамъ (5-е Анисимовское изданіе Судеб. Уставовъ) онѣ выразился въ ложномъ объявленіи на заголовкѣ книги. Наиболѣе вредна для общества и слѣд., наиболѣе преступна эта форма, когда къ ней прибѣгаютъ аматеры биржевой игры для измѣненія курса биржевыхъ цѣнностей посредствомъ сообщенія ложныхъ свѣдѣній въ газетахъ, возбуждающихъ неосновательную панику или не болѣе основательныя надежды. Такіе обманы путемъ, напр., завѣдомо ложныхъ телеграммъ, корреспонденцій и т. под. имѣютъ всѣ признаки другихъ мошенническихъ обмановъ: искаженіе истины, совершаемое для обольщенія другихъ лицъ въ видахъ поживы на счетъ ихъ имущества; къ нимъ прибавляется только одно новое обстоятельство, которое отнюдь не свидѣтельствуетъ о менышемъ вредѣ ихъ сравнительно съ другими обманами: здѣсь обманъ одѣвается въ форму печатнаго слова, что для значительной части общества служитъ ручательствомъ правдивости сообщенія; виновный тутъ стремится обмануть неопредѣленное множество лицъ, не различая бѣднаго отъ богатаго, свѣдущаго въ дѣлахъ торговыхъ отъ простака; это безразличіе, конечно, говоритъ объ усиленной энергіи преступной воли. По всѣмъ этимъ обстоятельствамъ обманы такого рода легче другихъ пожинаятъ обильную жатву и нерѣдко производятъ серьезное разстройство въ экономическомъ мірѣ. Вспомните, напр., какой переполохъ производили телеграммы т. наз. Русскаго телеграфнаго агентства во время теперешней войны Франціи съ Сѣверогерманскимъ Союзомъ, какое вліяніе онѣ оказывали на курсъ биржевыхъ цѣнъ, не смотря даже на то, что кредитъ этихъ телеграммъ былъ поколебленъ другими періодическими изданіями. Англійское право относится къ подобнымъ дѣйствіямъ съ основательною строгостью; въ другихъ законодательствахъ Европы этотъ видъ также обнимается общими постановленіями о мошенничествѣ.

Но хотя такимъ образомъ къ обманамъ путемъ печати должно примѣнять общія постановленія о мошенничествѣ, однако и въ этомъ случаѣ необходимо строго различать обманъ отъ родственныхъ ему понятій: увлеченія будущимъ безъ искаженія истины и ложныхъ выводовъ изъ неискаженныхъ фактовъ въ формѣ выска-

звания личных мнѣній. Такъ, напр., газета, вѣрно передающая телеграммы и корреспонденціи, получаемыя ею безъ предварительнаго уговора съ корреспондентами, чтобъ они не стѣснялись дѣйствительностью, а имѣли бы болѣе въ виду интересы кармана издателя, не можетъ быть привлекаема къ отвѣтственности за мошенничество потому только, что въ передовыхъ статьяхъ ея дѣлаются завѣдомо невѣрные выводы изъ сообщенныхъ фактовъ съ цѣлью возбудить о нихъ неправильное представленіе у читателей. Само собою разумѣется также, что для преслѣдованія за мошенничество необходимо должны быть въ наличности и другія общія условія его: завѣдомость объ обманѣ, корыстное намѣреніе и т. д.

Въ заключеніе объ обманахъ въ формѣ человеческого слова остается прибавить, что и символическіе знаки, картины и другія орудія изображенія мысли могутъ быть способомъ мошенничества, если только доказано, что они направлены къ искаженію истины для обольщенія другаго и настолько опредѣлительно свидѣтельствовали о какомъ либо фактѣ, что могли возбудить о немъ ошибочное представленіе въ другомъ лицѣ и побудить его къ какому либо дѣйствию или бездѣйствию.

§ 42. Переходимъ теперь къ обманамъ дѣйствиемъ. Они направляются, съ одной стороны, къ обманчивому измѣненію внѣшняго вида или существа какой либо вещи съ намѣреніемъ выдать ее за условленную, которой такая вещь въ дѣйствительности не соотвѣтствуетъ, — все равно, производится ли это измѣненіе въ количествѣ (подмѣнъ, обмѣръ, обвѣсъ, обсчитываніе) или въ качествѣ ея (подкрашиваніе и пр.). Слѣдовательно, измѣненія этого рода имѣютъ уголовноюридическое значеніе лишь на сколько виновный старается убѣдить другое лицо, что даваемая вещь есть условленная; если, напротивъ, измѣнившій внѣшній видъ или существо вещи, или подмѣнившій одну другою заявляетъ объ этомъ своему контрагенту, напр., продавая изношенную крашенную лисицу говоритъ, что это лисица, а не какой либо другой мѣхъ болѣе цѣннаго животнаго, то обмана нѣтъ. Ясно, что такіе обманы дѣйствиемъ съ измѣненіемъ (поддѣлкою) вещи не ограничиваются торговыми отношеніями по куплѣ-продажѣ; они обнимаютъ также отношенія по поставкѣ ¹⁾, по договору заклада ²⁾ и т. под.,

¹⁾ Напр., см. дѣло Тулякова, уг. к. р. IV, 152.

²⁾ Дѣло Красина, покушавшагося взять деньги въ заемъ подъ залогъ ящика

гдѣ можетъ быть рѣчь о получаемой обманомъ вещи какъ объ эквивалентѣ за вручаемое имущество. Сюда же должно отнести поддѣлку документовъ, если она не составляетъ подлога, поддѣлку игорныхъ картъ, даваніе обманомъ (подмѣнъ) одной бумаги для подписи вмѣсто другой за тѣмъ исключеніемъ по нашему законодательству, которое уже указано (ст. 1693 Улож.). Во всѣхъ этихъ случаяхъ обманъ заключается уже въ предложеніи одной вещи подъ видомъ другой, хотя бы виновный не промолвилъ ни одного слова несогласнаго съ истиной. Но ограничивать обманы дѣйствіемъ этими случаями, какъ дѣлаетъ г. Неклюдовъ, нѣтъ ровно никакихъ основаній. Искаженіе истины можетъ произойти безъ участія человѣческаго слова и непосредственныхъ измѣненій или подмѣна предмета договора, о которыхъ идетъ рѣчь; именно къ этой же группѣ должны быть отнесены 2) различныя измѣненія въ костюмѣ и т. под., указывающія на то, что виновный имѣетъ опредѣленное званіе, котораго онъ въ дѣйствительности не имѣетъ; напр., одѣваніе офиціальнаго мундира, рясы священнической, ливреи лакея богатаго дома и т. под. для обмана и выманиванія тѣмъ чужаго имущества; 3) принятіе виновнымъ такого положенія, которое, завѣдомо для него, возбуждаетъ у другаго лица мысль, будто бы онъ имѣетъ право или власть получить отъ этого лица какое либо имущество.

Таковы формы обмана; во всѣхъ ихъ имѣется въ дѣйствительности или подразумѣвается человѣческое слово какъ утвержденіе или отрицаніе какихъ либо фактовъ; слѣд., къ этой формѣ могутъ быть сведены всѣ остальные. — Кромѣ такого изолированнаго положенія, онѣ могутъ во многихъ случаяхъ представляться въ совокупности, и тогда являются *смѣшанныя* формы. Наиболѣе опасный для общества примѣръ ихъ — обманы заговоромъ, шайкой, *conspirasy* англійскаго права, при чемъ виновные костюмировкой и другими средствами принимаютъ на себя непринадлежащее положеніе, а его соучастники образомъ своихъ дѣйствій стремятся доказать, что принятое положеніе есть дѣйствительное. Но самый любопытный случай такихъ смѣшанныхъ формъ въ юридическомъ отношеніи — тотъ, когда дѣятельность виновнаго распадается какъ бы на двѣ части, такъ что обѣ онѣ въ отдѣльности не имѣютъ

съ чугунными черепками подмѣномъ вмѣсто ящика съ часами — Судеб. Вѣстникъ 1867 № 38; дѣло Кусенковой, обвинявшейся въ покушеніи выдать въ заемъ свертокъ мѣдныхъ конеекъ подмѣномъ вмѣсто свертка золотыхъ сувереновъ — Судеб. Журналъ, 1870, № 2.

условія обмана, но признаки послѣдняго несомнѣнны, если эти части разсматривать въ совокупности какъ послѣдовательные моменты одного и того же дѣянія. Я говорю о тѣхъ случаяхъ, когда вслѣдствіе предшествующаго соглашенія нѣсколько лицъ условились взаимно придавать опредѣленнымъ поступкамъ или дѣйствіямъ одного изъ нихъ значеніе утвержденія или отрицанія опредѣленныхъ фактовъ; если, не смотря на такое условіе, лицо совершаетъ поступокъ, свидѣтельствующій о какомъ либо фактѣ, между тѣмъ дѣйствительность завѣдомо для него несогласна съ значеніемъ его поступка, то несомнѣнно, что онъ искажаетъ истину и обманываетъ тѣхъ лицъ, съ которыми состоитъ въ указанномъ договорѣ; возбужденіе у нихъ ошибочнаго представленія есть несомнѣнное слѣдствіе его образа дѣйствій, хотя послѣдній, будучи разсматриваемъ совершенно изолированно, не удовлетворяетъ условіямъ обмана. Представьте себѣ, напр., что какой либо торговецъ отправилъ своего комиссіонера для покупки и развѣдыванія цѣнъ на извѣстные товары, и комиссіонеръ обязался сообщать ему, какъ скоро цѣна этихъ товаровъ измѣнится; значитъ, между ними состоялось такое соглашеніе, по которому несообщеніе комиссіонеромъ объ измѣненіи цѣнъ означаетъ утвержденіе, что цѣны не измѣнились и нѣтъ фактическихъ основаній, которыя бы вліяли на измѣненіе ихъ. Но вотъ цѣны повысились, а комиссіонеръ не сообщаетъ объ этомъ торговцу, поручая, напротивъ, своему соучастнику скупить у него эти товары; купецъ, имѣя въ виду отсутствіе свѣдѣній отъ своего комиссіонера, продаетъ ихъ. Ясно, что онъ былъ жертвою обмана, направленнаго на выманиваніе его имущества посредствомъ возбужденія въ немъ ошибочнаго представленія объ опредѣленныхъ фактахъ; но ясно, съ другой стороны—мы подробнѣе скажемъ объ этомъ ниже,—что молчаніе комиссіонера въ его изолированномъ видѣ еще не составляетъ лжи и, слѣд., обмана ¹⁾. Послѣднее значеніе оно получаетъ только вслѣдствіе особаго уговора, точно также какъ слова получаютъ опредѣленный смыслъ потому, что имъ условились придавать тотъ, а не другой смыслъ.

Въ тѣсной связи съ этимъ, наконецъ, стоитъ слѣдующее замѣчаніе. Многіе криминалисты требуютъ, чтобы обманъ составлялъ

¹⁾ Такое же разрѣшеніе этого казуса предлагаетъ Меркель, *Kriminal. Abhandlungen*, II, 158; см. также Glaser, *Abh. aus d. österreich. Strafrechte*, стр. 473.

явственное, категорически выговоренное словомъ искаженіе истины; эту, правда нормальную, форму они дѣлаютъ исключительной, такъ что даже самые осязательные обманы дѣйствіемъ, не сопровождающіеся ложными словесными утвержденіями или отрицаніями, возбуждаютъ въ ихъ глазахъ массу сомнѣній и недоразумѣній. Они усиленно спорятъ, что такіе случаи не тождественны съ умолчаніемъ объ истинѣ, т. е. съ такъ называемымъ отрицательнымъ обманомъ. Мы преклоняемся предъ ихъ трудолюбивыми розысканіями и не можемъ не высказать глубокаго уваженія къ точному изслѣдованію всѣхъ элементовъ разсматриваемаго понятія въ отдѣльности; но съ другой стороны, мы не видимъ въ случаяхъ такого рода сколько нибудь серьезныхъ основаній для недоразумѣній и сомнѣній; весь этотъ вопросъ сводится къ указанію причины, почему человѣческое слово играетъ роль нормальной формы обмана; и если затѣмъ та же причина будетъ имѣть мѣсто и въ другихъ случаяхъ, то ясно, что и за ними должно признать возможность быть формами обмана. А она, какъ я уже имѣлъ случай замѣтить, состоитъ въ томъ, что словами выражаются мнѣнія и свидѣтельствованія того или другаго лица; поэтому слово имѣетъ значеніе лишь какъ орудіе выраженія личныхъ заявленій, утвержденій или отрицаній, притомъ какъ орудіе условное. Но то же значеніе могутъ имѣть и другіе знаки, такъ что всѣ они при этомъ условіи могутъ быть формами обмана.—Словомъ, всякое внѣшнее явленіе, которое представляетъ собою и понимается другими, предполагается какъ выраженіе мысли, можетъ быть формою искаженія истины. Въ договорныхъ отношеніяхъ, составляющихъ, какъ увидимъ, поле для мошенничества, многія обстоятельства предполагаются утверждаемыми даже безъ категорическаго упоминанія ихъ стороною, въ силу самаго факта предложенія или заключенія договора. Такъ, предлагающій или вступающій въ сдѣлку этимъ самымъ *in dubio* утверждаетъ: а) наличность на своей сторонѣ условій, необходимыхъ для существованія данной сдѣлки; не требуется, чтобы ихъ онъ указалъ отдѣльно и посвятилъ для каждаго нѣсколько словъ, послѣднія замѣняетъ здѣсь фактъ предложенія или принятія сдѣлки; б) онъ предполагаетъ наличность тѣхъ же условій на сторонѣ своего контрагента; в) онъ утверждаетъ или (противная сторона) предполагаетъ, что предлагаемый предметъ сдѣлки согласенъ съ выставленными для него въ договорѣ требованіями; напр., торговецъ, молчаливо

дающій пакетъ лицу, потребовавшему фунтъ кофе, и получающій деньги за требуемое, этимъ самымъ удостовѣряетъ, что въ пакетѣ заключается именно кофе и что количество его равно требуемому; прикащикъ, отмѣривающій и передающій свертокъ лицу, потребовавшему ліонскаго бархата, удостовѣряетъ этимъ, что свертокъ заключаетъ въ себѣ ліонскій бархатъ въ затребованномъ количествѣ. Наконецъ, 4) заключеніе сдѣлки предполагаетъ утвержденіе каждою стороною, что въ дѣлѣ имѣется наличность всѣхъ другихъ условій, категорически потребованныхъ другою стороною ¹⁾. Хотя въ подтвержденіе этихъ обстоятельствъ лицо не скажетъ ни одного слова, но ихъ слѣдуетъ признать утверждаемыми имъ именно потому, что образъ дѣйствій его (заключеніе сдѣлки) по напередъ состоявшемуся, условленному общественнымъ строемъ уговору составляетъ собою такое же ясное выраженіе его мыслей, какъ и словесные звуки. — Иной вопросъ, всѣ ли указанные формы могутъ быть признаны причиною преступнаго результата, требуемаго мошенничествомъ; его мы рассмотримъ въ IV главѣ.

§ 43. Но какъ слѣдуетъ относиться къ тѣмъ случаямъ, которые въ германской литературѣ имѣютъ оригинальное названіе «отрицательнаго обмана», т. е. къ пользованію чужимъ незнаніемъ безъ возбужденія или подкрѣпленія его словомъ или дѣйствіемъ ²⁾? Въ разрѣшеніи ихъ можно исходить изъ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія. Съ одной стороны можно утверждать, что такъ какъ имущество одного лица переходитъ къ другому вслѣдствіе ошибки въ фактахъ, о существованіи которой зналъ получающій это имущество, то онъ долженъ подлежать за это отвѣтственности. Въ самомъ дѣлѣ, этотъ взглядъ долго существовалъ въ германской юридической литературѣ XIX ст.; въ случаяхъ такого рода она видѣла искаженіе истины и обманъ уже въ томъ обстоятельстве, что виновный, зная объ ошибкѣ, беретъ имущество: этимъ, говорила она, онъ укрѣпляетъ ошибочное представленіе на сторонѣ передающаго и обусловливаетъ правонарушеніе. Сторонники указанного взгляда прибавляли еще къ этимъ соображеніямъ для обмана въ договорныхъ отношеніяхъ слѣдующее; они говорили, что въ такихъ отношеніяхъ «заявленіе и умол-

¹⁾ Меркель, II, 155—157.

²⁾ Нерѣдко, впрочемъ, нѣмецкая литература говоритъ объ отрицательномъ обманѣ въ болѣе широкомъ смыслѣ, понимая подъ нимъ всѣ случаи, когда ложь не выражается въ словесныхъ утвержденіяхъ; здѣсь разумѣется такъ наз. преступное бездѣйствіе. Неумѣстность этой терминологіи я указалъ въ § 42.

чаніе составляютъ одно неразрывное цѣлое», что онѣ обязываютъ сторонѣ къ особой честности, такъ что наказуемость умолчанія основывали на особой обязанности виновнаго сообщать истину. Позднѣе они нашлись вынуждены сѣзуть свое общее начало; преступность умолчанія и тожество его съ обманомъ они стали видѣть только въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный, по закону или вслѣдствіе особыхъ отношеній, въ которыхъ онъ стоитъ къ другой сторонѣ, обязанъ былъ разсѣять ея ошибку; спорили однако, необходимо ли указывать эти отношенія особо въ уголовномъ законодательствѣ, или для этого достаточны указанія законовъ гражданскихъ, обязывающія одного въ опредѣленныхъ случаяхъ блюсти имущественные интересы другаго.

Но эта точка зрѣнія совершенно ошибочна. Такъ 1) хотя въ случаяхъ этого рода можетъ происходить имущественное правонарушеніе, но оно обусловливается не обманомъ, котораго здѣсь нѣтъ (потому что виновный не искажаетъ истины, а только беретъ даваемое ему), а фактомъ взятія непринадлежащаго; безъ него, правда, немыслима потеря, но онъ не возбуждаетъ ошибки потому, что послѣдняя образовалась раньше его, и не подкрѣпляетъ ее, такъ какъ дѣйствіе виновнаго не представляетъ собою искаженія истины; 2) это взятіе непринадлежащаго, когда оно происходитъ съ нарушеніемъ особенной обязанности блюсти чужіе интересы, предписываемой подѣ страхомъ наказанія, конечно можетъ подлежать уголовному правосудію. Но кара назначается здѣсь не за обманъ, котораго и въ этихъ случаяхъ нѣтъ, а за злоупотребленіе указанной обязанностью. Поэтому въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ она не предписывается подѣ угрозою карательныхъ мѣръ, нарушеніе ея само по себѣ не достаточно для наказуемости и не можетъ превратить дѣйствіе безразличное въ уголовно-юридическомъ отношеніи въ дѣйствіе наказуемое; въ самомъ дѣлѣ, гражданскія послѣдствія при неисполненіи такой обязанности наступаютъ за неохрaненіе правъ другаго, между тѣмъ какъ наказаніе въ мошенничествѣ положено за нарушеніе ихъ, что далеко не все равно. А если оспариваемый взглядъ невѣренъ даже для тѣхъ случаевъ, гдѣ на сторонѣ виновнаго существуютъ обязанности охранять чужія права, то тѣмъ болѣе очевидна его шаткость въ тѣхъ дѣлахъ, гдѣ такой обязанности не существуетъ. 3) Хотя дѣйствительно въ договорныхъ отношеніяхъ многія умолчанія имѣютъ значеніе категорическихъ заявленій (§ 42), но

взглядъ на нихъ какъ на обязывающія самимъ фактомъ заключенія ихъ сообщать другой сторонѣ все, что ей извѣстно, противорѣчить внутреннему существу имущественныхъ сдѣлокъ какъ «естественному поприщу интеллигенціи», гдѣ законъ соревнованія признанъ теперь въ самыхъ широкихъ размѣрахъ. Запрещая обманывать другую сторону искаженіемъ истины, законодатель, однако, не можетъ упускать изъ виду, что такъ какъ каждая изъ сторонъ желаетъ найти въ сдѣлкѣ удовлетвореніе своего интереса, то она должна ожидать встрѣтить то же стремленіе и отъ другой стороны, въ виду чего никоимъ образомъ не можетъ и не должна рассчитывать, что другая сторона явится адвокатомъ ея интересовъ¹⁾. Притомъ, послѣдняя имѣетъ право не знать, чего именно хочетъ первая и пока условія договора не указаны категорически, до тѣхъ поръ отступленіе отъ нихъ не можетъ быть рассматриваемо какъ обманъ. 4) Нельзя забывать также, что въ случаяхъ этого рода ущербъ на одной сторонѣ происходитъ только вслѣдствіе преобладанія знаній другой стороны надъ ея знаніями. А имъ въ современномъ обществѣ нѣтъ возможности не придавать значенія капитала, составляющаго неприкосновенное частное достояніе, которое произволъ законодателя не можетъ сдѣлать общею собственностью. Банкиръ, напр., затрачивается на агентовъ, которые присылаютъ ему быстрыя свѣдѣнія изъ всѣхъ концовъ свѣта; ему можно запретить употреблять во зло эти свѣдѣнія, обманывая другихъ искаженіемъ фактовъ, но обязать его сообщать эти свѣдѣнія всѣмъ и каждому, вступающему съ нимъ въ сдѣлки — значитъ вторгнуться въ его частный капиталъ и самымъ вѣрнымъ образомъ заставить его не затрачиваться на агентовъ, т. е. парализовать его торговую предприимчивость²⁾. Наконецъ 5) и это замѣчаніе стоитъ въ самой тѣсной связи съ выставленнымъ въ п. 1 — нельзя не остановиться на слѣдующемъ соображеніи. Обманъ какъ способъ дѣйствія мошенничества вы-

¹⁾ Это начало высказано Миттермайеромъ, Арнольдомъ, Эшеромъ, Кэстликомъ, Мильономъ и др. въ противоположность другому, защищаемому Кукумусомъ, Фридрейхомъ и др. Баварское уложеніе 1813 занимаетъ переходную ступень между ними.

²⁾ Извѣстна нѣмецкая пословица: Nur die Kinder und Narren reden die Wahrheit. Русскіе выработали другую: «хлѣбъ-соль ѣшь, а правду рѣжь». Она, конечно, стоитъ въ нравственномъ отношеніи гораздо выше выразившейся въ приведенной нѣмецкой пословицѣ «германской правдивости», провозглашенной Тацитомъ, какъ извѣстно, въ намѣренно-окрашенномъ видѣ и принимаемой нѣмцами за чистую монету; но законодательнаго значенія это начало въ широкихъ размѣрахъ не получало и у насъ.

зываетъ уступку обманутымъ своего имущества какъ актъ несвободный, кладя лживыя фактическія основанія для его дѣятельности. Между тѣмъ въ разсматриваемыхъ случаяхъ, по справедливому замѣчанію Меркеля, дѣятельности другой стороны предоставляется вполнѣ свободный ходъ и все участіе пользующагося ею невѣдѣніемъ состоитъ въ облегченіи для нея возможности достигнуть то, что она хочетъ сдѣлать ¹⁾. Въ самомъ дѣлѣ, представленіе о какомъ либо фактѣ получается двояко: или путемъ непосредственнаго наблюденія его и ряда обусловливающихъ его фактовъ, или посредствомъ свидѣтельства другаго. Въ первомъ случаѣ вѣрность или ошибочность представленія зависитъ отъ того лица, которое получаетъ его: оно положило на свои силы, слѣд. за ошибку не можетъ пенять ни на кого кромѣ самого себя. И только во второмъ случаѣ отвѣтственность за ошибочное представленіе можетъ быть возложена на другое лицо. По всѣмъ этимъ соображеніямъ такъ называемый отрицательный обманъ, т. е. пользованіе чужой ошибкой безъ возбужденія или подкрѣпленія ея, нельзя признать обманомъ въ точномъ смыслѣ этого слова.

Современныя законодательства и судебная практика относятся не одинаково къ этой формѣ дѣйствія. Въ англоамериканской литературѣ вслѣдствіе ея извѣстнаго казуистическаго характера невозможно отыскать общее правило относительно всѣхъ т. наз. отрицательныхъ обмановъ. Однако, въ статутарныхъ постановленіяхъ этихъ странъ дѣйствіе мошенничества всегда описывается такими чертами, которыя исключаютъ возможность включенія въ составъ его пользованія чужой ошибкой безъ возбужденія или подкрѣпленія ея. Здѣсь требуется, чтобы виновный представилъ опредѣленные лживыя основанія, могущія склонить другое лицо къ вредному для него дѣйствію: таковы *false pretences*, *falsely personating another*, *false token* и, наконецъ, *conspiracy* какъ одинъ изъ способовъ мошенничества. Англоамериканская практика, сколько можно судить по вышеприведеннымъ сочиненіямъ Блэкстона, Росселя, Керра и Вартона, также ни разу не относилась отрицательнаго обмана къ мошенничеству.

Escoquerie французскаго права безусловно чуждъ т. наз. отрицательный обманъ; притомъ, судебная практика понимаетъ его очень широко. Она требуетъ отъ обмана, устанавлиющаго понятіе мошенничества, чтобъ «дѣйствіе его было результатомъ

¹⁾ Merkel, Krimin. Abhandl. II, 158, см. выше стр. 127 прим.

комбинацій, рассчитанныхъ на обольщеніе», и высказавъ, что «простое молчаніе (réticence) не достаточно для состава мошенничества», отказалась примѣнить наказаніе въ слѣдующихъ случаяхъ: Дидьо былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, умолчавъ объ извѣстныхъ ему причинахъ, дѣлающихъ его неспособнымъ для поступленія въ военную службу, явился въ одно семейство съ предложеніемъ наняться въ рекруты и выманилъ этимъ путемъ чужое имущество; Аляри обвиненъ въ томъ, что получилъ заемъ вслѣдствіе ошибки, въ которой заимоводавецъ завѣдомо для него находился относительно его кредита и личной власти, но которая произошла безъ совершенія имъ какихъ бы то ни было обманныхъ уловокъ; Лежеръ взялъ и присвоилъ себѣ деньги, данныя ему по ошибкѣ вмѣсто другаго лица ¹⁾. Между тѣмъ первый случай представляетъ наличность всѣхъ условій обмана, такъ какъ заявленіе о способности поступить въ военную службу было высказано здѣсь въ формѣ предложенія себя въ охотники именно для поступленія въ рекруты. Въ *trompégie* несомнѣнно входятъ обманы безъ употребленія лживыхъ словъ; таковы обмѣръ и обвѣсъ; но отрицательный обманъ неизвѣстенъ и этому виду.

Законодательства германскія слѣдуютъ двоякой системѣ. Однѣ ²⁾, вслѣдъ за баварскимъ уложеніемъ 1813, относятъ къ мошенничеству не только искаженіе и сокрытіе истины, но и умолчаніе о ней въ формѣ пользованія чужой ошибкой (или чужимъ обманомъ); причемъ наказуемость устанавливается или въ видѣ общаго правила (вюртермб. art. 351; брауншв. § 224; тюринг. art. 236), или только въ тѣхъ случаяхъ, когда умолчаніе истины составляетъ нарушеніе особой лежащей на виновномъ обязанности сообщать ее. Другія законодательства, во главѣ которыхъ стоитъ австрійское, караютъ только возбужденіе и подкрѣпленіе ошибки активной дѣятельностью, совершенно выдѣляя отсюда отношеніе дѣятеля къ искаженію истины въ формѣ бездѣйствія ³⁾. Саксонское уложеніе выбираетъ редакцію, правильную въ теоретическомъ, но весьма опасную въ практическомъ отношеніи: «виновный въ обольщеніи; посредствомъ обмороченія невѣрными или

¹⁾ См. Rolland de Villargues, №№ 68, 77, 78 и 80 къ ст. 405 Code pénal.

²⁾ Саксенъ-альтенбургское Art. 245; вюртемб. Art. 351; брауншвейское § 224; гессенское art. 391; баденское § 450; нассауское art. 385; тюрингенское art. 236.

³⁾ Прусское уложеніе ограничивало наказуемый обманъ возбужденіемъ ошибки, но сѣверогерманское распространило его и на подкрѣпленіе, поддержаніе ея; см. ниже главу IV.

сокрытіемъ вѣрныхъ фактовъ или отношеній, указаніе которыхъ потерпѣвшій имѣлъ основаніе ожидать въ виду данной обстановки....»; я назвалъ ее вѣрною въ теоретическомъ отношеніи потому, что ею справедливо относятся къ обману тѣ случаи умолчанія, которые представляются категорическимъ утвержденіемъ какихъ либо фактовъ даже при отсутствіи словеснаго заявленія виновнаго; но опасна въ практическомъ отношеніи эта редакція потому, что ею суду дается возможность расширить понятіе обмана за предѣлы его дѣйствительнаго смысла: обманъ можетъ быть признанъ, если только судъ согласится, что ожиданія потерпѣвшаго услышать истину вытекали изъ обстоятельствъ дѣла, къ которымъ законъ ясно не запрещаетъ относить и особые отношенія виновнаго къ потерпѣвшему. Здѣсь, впрочемъ, законъ требуетъ сокрытіе истины, что не тождественно съ умолчаніемъ о ней.

Русское законодательство не наказываетъ рассматриваемую форму (бездѣйствіе) потому, что оно говоритъ о поврежденіи чужаго имущества посредствомъ «обмана», а не «вслѣдствіе ошибки» потерпѣвшаго; вмѣстѣ съ тѣмъ, «похищеніе посредствомъ обмана», требуемое для состава мошенничества, необходимо предполагаетъ положительную дѣятельность искаженія или сокрытія истины, направленную на возбужденіе въ другомъ ошибочнаго представленія какъ средство для побужденія его совершить дѣйствіе или упущеніе, нарушающее его имущественныя права. Но и Уложеніе, и Уставъ о Наказ. строго различаютъ отрицательный способъ дѣйствія отъ тѣхъ случаевъ, гдѣ виновный, не высказывая лжи словесно, заявляетъ ее, однако, въ другой формѣ; такъ одѣваніе мундира съ намѣреніемъ выдать за собой непринявшее званіе и обыгрываніе шулерствомъ являются формами мошенничества даже безъ словеснаго подкрѣпленія лжи виновнымъ; продажа или залогъ чужаго имущества составляютъ мошенничество, хотя бы виновный словесно не заявлялъ о принадлежности себѣ этого имущества. Наша судебная практика еще не пришла къ окончательному рѣшенію этого вопроса. Въ рѣшеніи псковскаго окружнаго суда по дѣлу Волейко сквозить вѣрная мысль, что преступна лишь дѣятельность, направленная на возбужденіе ошибки, а не пользованіе ею. Напротивъ, новгородскій мировой съѣздъ въ дѣлѣ Волкомельскаго отнесъ къ мошенничеству присвоеніе денегъ, данныхъ по ошибкѣ безъ возбужденія или под-

крѣпленія ея, а малоярославецкій мировой съѣздъ увидѣлъ мошенничество въ томъ, что обвиняемый завѣдомо взялъ данный ему въ видѣ сдачи 10 рублевый билетъ по ошибкѣ вмѣсто рублевого (II, 415). Кассационный сенатъ высказалъ рѣшительно свой голосъ только для дѣлъ объ обманахъ въ качествѣ продаваемой вещи, гдѣ онъ призналъ общимъ правиломъ, что умолчаніе о недостаткахъ продаваемой вещи (конечно, не оговоренныхъ категорически сторонами) не наказуемо (к. р. IV, 742); но издѣсь это начало не проведено имъ съ надлежащею послѣдовательностью: такъ, въ рѣшеніи по дѣлу мѣщанина Селезнева признано, будто бы непредупрежденіе покупателя продавцемъ о недостаткахъ лошади, бывшихъ у нея до продажи, есть обманъ въ уголовноюридическомъ смыслѣ. Въ другихъ же случаяхъ разрѣшеніе этого вопроса еще менѣе опредѣлительно. Такъ Волкова (IV, 660) была признана виновной въ томъ, что, заложивъ свои вещи въ С.-Петербур. ссудной казнѣ за 200 р., получивъ эти деньги и билетъ, въ которомъ прописанная сумма ссуды по ошибкѣ была обозначена въ 20 руб., возымѣла намѣреніе воспользоваться этой ошибкой, для чего пришла въ ссудную кассу и, представивъ 20 р. 10 к., предъявила означенный билетъ, измѣнивъ или зная объ измѣненіи въ немъ цифры оцѣнки 270 руб. въ 27 руб.; судъ нашелъ здѣсь покушеніе на мошенничество. Защита въ кассац. жалобѣ указывала, что желаніе воспользоваться чьей либо ошибкой не составляетъ мошенническаго обмана; сенатъ, не опровергая этого взгляда, оставилъ кас. жалобу безъ послѣдствій на томъ основаніи, что «Волкова признана виновной не въ томъ только, что желала воспользоваться ошибкой ссудной казны, а въ томъ, что, желая извлечь выгоду изъ ошибки, представила билетъ завѣдомо измѣненный», т. е. сама содѣйствовала возникновенію ошибки искаженіемъ истины. — Что же касается тѣхъ случаевъ, въ которыхъ молчаніе по обстановкѣ дѣла имѣетъ всѣ признаки утвержденія (§ 42), то они относятся къ мошенничеству и судебной практикой; см. напр. к. р. III, 102.

§ 44. Содѣяніе и бездѣйствіе — удержимъ пока эти термины — суть формы нарушенія запрещаемого закономъ. Напротивъ, упущеніе есть неисполненіе того, что предписывается закономъ подъ угрозой какихъ либо невыгодныхъ послѣдствій въ противномъ случаѣ; первое есть произведеніе запрещенныхъ послѣдствій, второе — неисполненіе предписаннаго или, въ обширномъ

смыслъ, неисполненіе какой либо обязанности, лежащей на виновномъ по договору или по закону. Ясно такимъ образомъ, что различіе между ними лежитъ не въ различіи способа дѣйствія (то и другое м. б. совершены такъ называемыми содѣяніемъ и условно бездѣйствіемъ), а въ различіи конечныхъ причинъ отвѣтственности; первое подлежитъ ей какъ вторженіе въ чужое право, какъ произведеніе запрещенныхъ послѣдствій; второе — какъ уклоненіе отъ принятой или возложенной на виновнаго обязанности, возможность требовать исполненіе которой есть право другого лица. И такъ какъ преступленіе мошенничества запрещается какъ нарушеніе чужаго имущественнаго права, то его должны быть чужды начала, условливающія преступность упущеній.

Обязанности, устанавливающія составъ упущеній, принадлежатъ виновному относительно частнаго лица или государства; это различіе объектовъ ихъ нисколько не измѣняетъ свойства упущенія. Примѣрами перваго рода могутъ служить различныя долговые обязательства, напр. уклоненіе отъ исполненія ихъ, хотя бы дѣятель учинилъ для этого какой либо обманъ (если только онъ не имѣетъ своимъ послѣдствіемъ потерю долговаго имущества въ смыслѣ установленія противоположнаго права на сторонѣ обманщика-должника); въ примѣръ вторыхъ можно привести различныя имущественныя обязанности частнаго лица по отношенію къ государству, каковы обязательства платить подати и повинности по различнымъ основаніямъ. И здѣсь наличность обмана не устраняетъ обрисовку дѣйствія какъ упущеніе, потому что отвѣтственность его основывается на неисполненіи обязательства, а не на нарушеніи чужаго имущества посредствомъ изъятія предметовъ его изъ области чужаго права ¹⁾. Ясно, однако, что иногда законодатель можетъ назначать наказаніе за эти упущенія, что, однако, вовсе не свидѣтельствуетъ о томъ, будто бы онѣ сдѣлались преступными содѣяніями; таково злостное банкротство и растрата какъ нарушеніе обязанностей къ частному лицу, такъ въ контрабанда и другія дефракдаціи какъ нарушеніе обяза-

¹⁾ Проведенный въ текстъ взглядъ, съ незначительными измѣненіями, высказанъ Меркелемъ. Грицецкій, Studien, стр. 28 и слѣд., не соглашается съ нимъ, но не указываетъ почему его слѣдуетъ признать нераціональнымъ, а въ объясненіи того, почему дефракдаціи не относятся къ мошенничеству, ссылается на особенность «народныхъ понятій объ обязанности платить государственныя повинности», которая ровно ничего не доказываетъ.

тельствъ передъ государствомъ въ смыслѣ субъекта имущественныхъ правъ ¹⁾).

Однако, изъ этого еще вовсе не слѣдуетъ, что при совершеніи подобныхъ упущеній не можетъ быть совершено мошенничество. Онѣ, напротивъ, въ тоже самое время могутъ быть средствомъ для мошенничества; такъ продажа вина ниже узаконенной крѣпости есть неисполненіе требованій питейнаго Устава и вмѣстѣ съ тѣмъ обманъ въ качествѣ, если виновный выдаетъ продаваемый напитокъ за вино установленной крѣпости (впрочемъ, этотъ случай у насъ выдѣленъ изъ мошенничества предписаніемъ спеціального закона); продажа описаннаго имущества, устанавливая предположеніе о злонамѣренномъ банкротствѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ можетъ получать обрисовку мошенническаго выманиванія чужаго имущества за юридически-мнимый эквивалентъ.

§ 45. Говоря объ обманѣ, мы постоянно имѣли въ виду область имущественныхъ договоровъ одностороннихъ и двустороннихъ, потому что они составляютъ исключительное поле мошенничества. Оно, въ самомъ дѣлѣ, предполагаетъ побужденіе другаго лица къ акту имущественной передачи, а такой актъ и устанавливаетъ во всякомъ случаѣ понятіе сдѣлки, будетъ ли онъ сдѣланъ какъ препорученіе относительно передаваемого имущества или какъ передача его въ собственность другому. ²⁾

Этотъ взглядъ, однако, находитъ себѣ противниковъ во многихъ германскихъ криминалистахъ и законодателяхъ. Они находятъ нужнымъ различать общій обманъ отъ обмана въ договорахъ, ставя для отвѣтственности послѣдняго иныя начала, чѣмъ для перваго. Такое направленіе, впрочемъ въ самой неправильной формѣ, нашло себѣ доступъ и въ русское законодательство. Отдѣльно отъ мошенничества оно ставитъ обманы для побужденія

¹⁾ Съ этой точки зрѣнія трудно согласиться съ к. р. по дѣлу Прохорова (III, 934). Прохоровъ отказывался отъ платежа податей и оброка подъ тѣмъ ложнымъ предлогомъ, будто бы онъ не получилъ расчета за забранные припасы во время квартированія у него судебного слѣдователя и мирового посредника; здѣсь, очевидно, обманъ былъ лишь средствомъ уклоненія отъ лежавшей на подсудимомъ повинности, т. е. одною изъ формъ упущенія.

²⁾ Само собою разумѣется, что договоры составляютъ не способъ дѣйствія мошенничества, а область его; поэтому какъ бы ни былъ наложенъ договоръ для одной изъ заключившихъ его сторонъ, этимъ еще не исчерпывается составъ мошенничества; необходимо, чтобъ виновный обманомъ побудилъ потерпѣвшаго вступить въ сдѣлку или совершить какое либо дѣйствіе, входящее въ договоръ. Отсюда видно, какъ опасна система, принятая к. р. II, 467, гдѣ о мошенничествѣ сдѣлано заключеніе по невыгодности совершеннаго договора для одной изъ сторонъ.

къ дачѣ письменныхъ обязательствъ, между тѣмъ какъ общее опредѣленіе ст. 1665 Улож. обнимаетъ и эти обманы.— Но, повторяю, германское расчлененіе мошенничества, которое ведетъ свое начало съ баварскаго уложенія 1813, противорѣчитъ существу мошенничества; всѣ входящія въ него дѣйствія необходимо предполагаютъ договорныя отношенія и безъ нихъ не мыслимы. Это понято, наконецъ, новѣйшими германскими криминалистами (Меркель, Гэльшнеръ) и уложеніями, каковы прусское и союзное¹⁾.

Но наличность имущественнаго договора и обманныхъ поступковъ сторонъ еще не достаточны для состава мошенничества. Послѣднее необходимо предполагаетъ искаженіе истины, совершаемое для обольщенія противной стороны, такъ что для дѣятельности ея виновный кладетъ лживыя фактическія основы, злоупотребляя такимъ образомъ правомъ свободнаго примѣненія ея распознавательной способности. Этимъ уже указывается, какъ слѣдуетъ относиться, съ одной стороны, къ притворнымъ сдѣлкамъ, съ другой—къ выманиванію имущества у лицъ, не обладающихъ распознавательною способностью.

Существо притворныхъ сдѣлокъ состоитъ въ совершеніи мнимой сдѣлки изъ за какихъ-либо постороннихъ побужденій; напр. выдача однимъ лицомъ другому заемнаго обязательства безъ полученія займа, совершеніе договора о мнимой продажѣ имущества для избѣжанія платежа долговъ и т. под. Сами по себѣ онѣ не составляютъ обмана какъ способа полученія чужаго имущества, потому что участвующія въ такой сдѣлкѣ стороны сознаютъ притворность ея. Любопытный примѣръ этого рода представился въ дѣлѣ Волейко и Кондратова, признанныхъ виновными одинъ въ притворной продажѣ, а другой въ притворной покупкѣ имущества для лишенія кредитора мнимаго продавца возможности получить должное ему. Сенатъ (IV, 321) не увидѣлъ здѣсь мошенничества, руководствуясь ст. 1406—1416 т. X ч. 1. закон. гражд., но призналъ, что притворная продажа своего имущества составила бы мошенничество, еслибъ она совершилась послѣ описи его за долгъ. Съ этимъ то послѣднимъ положеніемъ и нельзя согласиться: при совершеніи притворной сдѣлки покупающій необманивается, совершеніе ея также не имѣетъ задачей побудить кредитора къ какому либо вредному для него дѣйствию, т. е. обольстить его; здѣсь по большей мѣрѣ можно видѣть приготовленіе

¹⁾ См. подробнѣе часть I, стр. 177—181.

къ ложнымъ показаніямъ сторонъ въ процессѣ, которыя, какъ увидимъ, не обнимаются составомъ мошенничества. — Но неподлежитъ сомнѣнію, что хотя притворныя сдѣлки сами по себѣ не составляютъ мошенническаго обмана, однако онѣ могутъ быть средствомъ, орудіемъ для обмана третьихъ лицъ или лица, участвующаго въ сдѣлкѣ. Случаи перваго рода составляютъ одинъ изъ видовъ обмановъ заговорами; такъ напр. А. уговариваетъ несовершеннолѣтняго Б. притворно дать себѣ вексель и продаетъ его В.; А. выдаетъ Б. довѣренность будто бы на управленіе своими имѣніями, которыхъ у него въ дѣйствительности нѣтъ, довѣренность же выдана для обмороченія В. и выманиванія у него имущества; къ этимъ случаямъ должны быть примѣняемы общія начала о мошенническихъ обманахъ. — Другой вопросъ, на сколько такая притворная сдѣлка можетъ быть средствомъ обмана противъ одной изъ сторонъ, участвующихъ въ ней. Здѣсь нужно строго различать увлеченіе будущими обстоятельствами отъ обмана въ фактахъ (§ 35); случаи перваго рода не составляютъ мошенничества; напримѣръ, я уговорилъ Петра выдать мнѣ вексель на себя, обѣщая лишь показать его третьему лицу для доказательства моей состоятельности, а на самомъ дѣлѣ удержалъ и продалъ его; причемъ, конечно, у потерпѣвшаго не отнимается возможность доказывать, что выданное имъ обязательство притворное, мнимое. Но если подобныя обязательства выманиваются обманомъ, то дѣйствіе виновнаго представляетъ наличность всѣхъ условій мошенничества. Возьмите въ самомъ дѣлѣ приведенный примѣръ и представьте, что я побудилъ Петра выдать мнѣ вексель на себя, показавъ ему поддѣланное для того письмо отъ его отца, гдѣ онъ будто бы въ обезпеченіе своего долга позволяетъ мнѣ обратиться къ своему сыну и взять у него вексель на должную сумму. Наиболѣе затрудненій могутъ представить тѣ случаи, гдѣ побужденіе другаго лица къ заключенію притворной сдѣлки производится обманомъ въ юридическихъ нормахъ; напр. А. побуждаетъ Б. подписать на закладываемую имъ вещь не договоръ залога, а договоръ купли-продажи, увѣривъ его обманомъ, что по закону онъ имѣетъ право уплатить въ теченіе опредѣленнаго времени полученную отъ продажи сумму, потребовать уничтоженіе договора купли-продажи и обратно получить свою вещь; выманивъ такой договоръ, А. присвоиваетъ себѣ вещи Б. и продаетъ ихъ или иначе употребляетъ въ свою пользу. Какъ я имѣлъ случай за-

мѣтитъ (§38), юридическія нормы составляютъ такіе же факты, какъ и другіе входящіе въ содержаніе обмана въ собственномъ смыслѣ, а потому, конечно, случаи такого рода должны быть отнесены къ мошенничеству. Противъ такого разрѣшенія этого вопроса, однако, могутъ указать формальныя правила гражданскаго права о договорахъ, согласно которымъ недѣйствительность многихъ изъ нихъ можетъ быть доказываема лишь опредѣленными въ гражданскихъ законахъ доказательствами. Но это возраженіе неубѣдительно; имѣя въ виду, что обманъ есть обстоятельство уголовное и въ рассматриваемыхъ случаяхъ составляетъ причину сдѣлки, что коль скоро лицо обмануто, то странно требовать отъ него представленіе всѣхъ доказательствъ, устанавливаемыхъ закономъ лишь для нормальныхъ случаевъ, невозможно считать формальности гражданскихъ доказательствъ достаточнымъ основаніемъ для парализованія хода уголовного правосудія. Подробнѣе на этомъ вопросѣ мы остановимся въ отдѣленіи III, а здѣсь прибавимъ къ сказанному, что защищаемый взглядъ подтверждается и точными постановленіями нашего права. Ст. 701 и 706 т. X. ч. 1 зак. гр. въ связи съ ст. 1688 Улож. о наказ. объявляютъ недѣйствительными рѣшительно всѣ договоры, совершенные подъ вліяніемъ обмана, неразличая при этомъ домашнихъ отъ крѣпостныхъ и явочныхъ; этимъ, очевидно, дополняются спеціальныя постановленія о доказательствахъ недѣйствительности тѣхъ или другихъ договоровъ въ отдѣльности. Что же касается въ частности обмана въ юридическихъ нормахъ, то замѣчу, что французская и германская судебная практика не боятся примѣнять къ нему общія начала о мошенничествѣ, между тѣмъ во Франціи и Германіи, какъ и у насъ, существуютъ формальныя условія для доказыванія недѣйствительности договоровъ.

Обманъ какъ способъ дѣйствія мошенничества есть нарушеніе права другаго лица на свободное примѣненіе своей распознавательной способности. Но есть категоріи лицъ, которыя вовсе необладаютъ ею ¹⁾; съ другой стороны, самъ дѣятель можетъ произвести отсутствіе у другаго лица на время его распознавательной способности, напр. напоить его пьянымъ чтобъ выманить его имущество, заставивъ подписать долговой документъ, договоръ

¹⁾ Таковы дѣти въ первомъ періодѣ дѣтства, умопомѣшанные и больные горячечными болѣзнями.

о продажѣ своего имущества за безцѣнокъ и т. под. Спрашивается, какъ слѣдуетъ относиться къ случаямъ этого рода?

При разрѣшеніи этого вопроса должно принять во вниманіе, что въ составъ дѣйствія мошенничества входитъ изъясненіе обманутымъ согласія на переходъ своего имущества къ виновному, какъ необходимая составная часть его; на ней строится все ученіе о причинной связи въ мошенничествѣ (глава IV). А такъ какъ изъясненіе согласія мыслимо только со стороны лицъ, обладающихъ волею, воля же, съ своей стороны, обусловливается наличностью распознавательной способности, предлагающей основы для проявленія ея, то отвѣтъ на предложенный вопросъ долженъ быть отрицательный: такіе случаи не удовлетворяютъ условіямъ мошенничества.

Наше законодательство, повидимому, отступаетъ отъ этого начала; такъ третья часть ст. 1688 Улож., предусматривающая, какъ мы видѣли, одинъ изъ особенныхъ видовъ мошенничества, постановляетъ:

«Но если виновный, для достиженія своей цѣли чрезъ упоительные напитки или другія средства привелъ обманутаго въ состояніе безпамятства, то онъ подвергается....»

Однако, точный смыслъ этого положенія не опровергаетъ защищаемого мною взгляда. Такъ 1) эта третья часть говоритъ лишь объ обстоятельствахъ, увеличивающихъ вину и наказаніе, предполагая уже въ наличности общія условія этого преступленія, предусмотрѣнныя 1 частью ст. 1688; 2) рассматриваемое постановленіе во всякомъ случаѣ есть спеціальное, сила котораго можетъ быть распространяема лишь на тѣ случаи, которые въ немъ особо указаны, т. е. сила его ограничивается ст. 1688; что же касается мошенничества въ тѣсномъ смыслѣ, то составъ его опредѣляется ст. 1665 — 1676, въ которыхъ говорится только объ обманѣ, а не о приведеніи въ безсознательное положеніе.

Но ясное дѣло, что случаи выманиванія имущества подобнымъ способомъ дѣйствія заслуживаютъ наказанія; къ нимъ не могутъ быть примѣнены постановленія о мошенничествѣ; не могутъ также быть примѣнены постановленія о грабежѣ втораго рода, потому что хотя взятіе имущества происходитъ здѣсь открыто, но потерпѣвшій не сознаетъ этого; постановленія о вымогательствахъ также не могутъ имѣть мѣста, потому что и для состава этого преступленія необходима воля, на которую дѣйствуетъ виновный

посредствомъ принужденія. Но ближе всего къ случаямъ этого рода подходятъ постановленія о кражѣ; въ самомъ дѣлѣ, виновный беретъ здѣсь вещь безъ воли и согласія хозяина, т. е. похищаетъ ее; это похищеніе совершается тайно, потому что потерпѣвшій находится въ безсознательномъ положеніи, не дающемъ ему возможности сознавать, что его имущество подвергается нарушенію. Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ виновный такимъ способомъ дѣйствія выманиваетъ у потерпѣвшаго подпись на договорѣ, которымъ отъ послѣдняго передается ему какое либо имущество, раціональнѣе всего было бы видѣть покушеніе на кражу¹⁾; этому, какъ мы видѣли, не противорѣчитъ и 3 ч. ст. 1688 Улож. Наиболѣе развитая во всей Европѣ судебная практика — французская — проводитъ именно такой взглядъ; къ разсмотрѣннымъ случаямъ она примѣняетъ постановленія о *filouterie*, которое, какъ помнитъ читатель (см. часть I § 86), составляетъ одинъ изъ видовъ простой кражи.

Что же касается злоупотребленія распознавательными способностями лицъ неопытныхъ, то оно несомнѣнно относится къ мошенничеству, если соединено съ обманомъ; нерѣдко законъ наказываетъ его даже при отсутствіи обмана, напр., ст. 1689 Улож.; объ этомъ случаѣ мы скажемъ въ II отдѣленіи.

IV. Границы уголовнопреступнаго обмана.

§ 46. Разсмотрѣвъ содержаніе и формы обмана вообще, мы сталкиваемся затѣмъ съ вопросомъ: всякій ли обманъ подлежитъ и долженъ подлежать уголовному правосудію, или, напротивъ, необходимо сдѣлать отсюда значительныя ограниченія?

Мнѣнія криминалистовъ и законодательствъ различныхъ временъ и народовъ по этому вопросу рѣзко расходятся. Въ эпохи болѣе раннія мы вовсе не встрѣчаемъ уголовного преслѣдованія имущественнаго обмана. Мы старались показать, что такой порядокъ коренится въ условіяхъ молодаго государства, которое должно очень бережно употреблять свои незначительныя силы, направляя ихъ противъ самыхъ важныхъ нарушеній; и съ другой стороны въ слабости общественнаго экономическаго оборота, которою въ значительной степени парализируется вредность, а не-

¹⁾ См. однако уг. к. р. II, 467.

рѣдко даже возможность обмановъ. По мнѣнію Гэннера ¹⁾ онъ долженъ быть признанъ единственно вѣрнымъ и для настоящаго времени, такъ что даже самые коварные обманы необходимо выдѣлить изъ области уголовного правосудія, предоставивъ ихъ вѣдѣнію полиціи ²⁾ и судовъ гражданскихъ; и необходимость этого лежитъ, какъ думаетъ онъ, въ томъ, что только смѣшеніемъ морали съ чистыми началами уголовного права объясняется требованіе наказанія въ случаяхъ, когда лицо, легковѣрное и небрежное къ своимъ интересамъ, даетъ возможность обморочить себя. Однако за Гэннеромъ не послѣдовало ни одно законодательство; условія общественныя перемѣнились, наказуемость имущественнаго обмана стала необходимостью.

§ 47. Но съ другой стороны далеко не всѣ криминалисты и законодательства признають уголовную наказуемость всѣхъ имущественныхъ обмановъ. Напротивъ, многіе изъ нихъ ограничиваютъ ее или предметомъ обмана, или квалифицированными видами его.

Направленіе, ограничивающее уголовнопреступные обманы по предмету, замѣчаетъ, что предметомъ наказуемаго обмана можетъ быть только нарушеніе общаго, а не частнаго интереса. Это начало проводить обычное право Англіи (cheat какъ public offense). На германской почвѣ къ нему примкнули:

1) теорія Клейншрода, предложенная въ его проектѣ баварскаго уголовного уложенія. Согласно ей уголовному преслѣдованію должны подлежать только имущественные обманы общепасные, а тѣ, которые нарушаютъ лишь частное право, должны быть выдѣлены въ область гражданского правосудія. Общепасность же обмана, по его мнѣнію, заключается въ большей или меньшей цѣнности предмета нарушенія.

2) Теоріи криминалистовъ (Ягемана, Озенбрюггена и др.), которые признають предметомъ обмана общественное довѣріе (fides publica) и только подъ этимъ условіемъ соглашаются на уголовную наказуемость его. При чемъ наличность или отсутствіе нарушенія общественнаго довѣрія, въ свою очередь, опредѣляется различными основаніями, какъ-то: мѣстомъ, гдѣ происходитъ обманъ, отношеніями, въ которыхъ онъ производится (дого-

¹⁾ Neues Arch. d. Crim. Rechts, VII стр. 468.

²⁾ Полиціи въ то время, когда писалъ Гэннеръ принадлежала уголовная юрисдикція относительно мелкихъ нарушеній.

ворныя и негодоворныя отношенія), привычками того общественнаго слоя, гдѣ онъ производится и т. под.

Всѣ эти ограниченія не имѣютъ логической убѣдительности. Такъ относительно теоріи Клейншрода мы можемъ сослаться на сказанное выше о цѣнѣ предмета какъ легальномъ обстоятельстве, опредѣляющемъ величину наказанія; и если за нимъ не можетъ быть признано даже значенія измѣнять величину наказанія, то тѣмъ болѣе оно не можетъ стать условіемъ, опредѣляющимъ необходимость или неумѣстность наказанія. Противъ школы общественнаго довѣрія необходимо замѣтить слѣдующее: дѣйствительно, обманъ можетъ представлять подрывъ довѣрія въ сферѣ имущественнаго оборота; но такое его значеніе при данной степени экономического положенія общества открывается уже изъ нарушенія имъ чужаго имущественнаго права и во всякомъ случаѣ мошенничество есть преступленіе противъ имущества, только посредственно затрагивающее кредитъ производительности и торговли. Въ частности приводимыя этой школой основанія, при наличности которыхъ она хочетъ видѣть въ мошенничествѣ нарушеніе общественнаго довѣрія, также неубѣдительны. Такъ α) мѣсто совершенія обмана — рынокъ, мѣста публичнаго торга — можетъ свидѣтельствовать лишь о легкости для виновнаго причинить имущественный ущербъ многимъ лицамъ; но множественность потерпѣвшихъ способна вліять лишь на мѣру или на степень наказанія, а не на примѣненіе его вообще. β) Особенность отношеній, въ которыхъ совершается обманъ, также не представляетъ достаточнаго основанія суживать наказуемость его. Обыкновенно школа эта указываетъ такія отношенія, которыя обязываютъ виновнаго быть правдивымъ относительно потерпѣвшаго; таковы отношенія по опека, по довѣренности и т. под. Легко видѣть, однако, что обманъ можетъ подрывать кредитъ общественнаго оборота и помимо этихъ отношеній. Рассматриваемая школа поняла это и, чтобъ помочь бѣдѣ не противорѣча своему началу, расширила (Ягеманъ) кругъ ихъ на всѣ вообще договорныя отношенія, дѣлая отсюда самыя произвольныя исключенія; такъ она нашла нужнымъ различать существенныя и несущественныя части сдѣлки, положительное дѣйствіе и бездѣйствіе — между тѣмъ какъ, проводя свои взгляды послѣдовательно, должна бы была признать наказуемость во всѣхъ этихъ случаяхъ, такъ какъ всѣ они представляютъ наруше-

ніе честности въ особоинтересующихъ общество отношеніяхъ. Кромѣ того, существо договора совершенно извратилось у послѣдователей этой школы; они забываютъ, что въ сдѣлкѣ каждая сторона ищетъ удовлетворенія своего интереса и не въ правѣ разсчитывать, чтобы другая сторона явилась адвокатомъ ея интересовъ. — 7) Привычки общественнаго слоя, въ которомъ совершается обманъ, уже потому не обязательны для законодателя и судьи, что дѣятельность ихъ должна быть разсчитана на всѣ слои общества, а не на отдѣльные классы его. Быть можетъ большинству апраксинскихъ торговцевъ пріятно было бы имѣть невѣрные вѣсы, къ которымъ они уже очень привыкли; быть можетъ шайкѣ разбойниковъ, привыкшихъ выходить каждую ночь на большую дорогу, очень трудно отвыкнуть отъ этой доблести. Но законодатель не въ правѣ пріостанавливать дѣйствіе уголовнаго правосудія только въ силу этой привычки и потому, что частныя лица, зная ее, могутъ обойти опасность выбравъ другое мѣсто для покупки или другое время для путешествія. Да кромѣ того, школа общественнаго довѣрія подрываетъ самое себя, требуя законодательную санкцію для привычки къ обманамъ въ области имущественнаго общественнаго оборота.

Значеніе этой школы — только историческое. Имущественный обманъ, дѣйствительно, не сразу подпадаетъ уголовной наказуемости во всѣхъ своихъ проявленіяхъ. Долгое время карѣ подлежатъ лишь тѣ виды его, которые своею важностью успѣли обратить на себя вниманіе законодателя; таковы обманы въ золотомъ и серебряномъ дѣлѣ, обмѣръ и обвѣсъ. Но мало по малу съ усиленіемъ имущественнаго оборота, съ развитіемъ системы доказательствъ и общественнаго значенія уголовнаго правосудія, законодатель начинаетъ сознавать, что нѣтъ причины освобождать отъ наказанія виновнаго въ обмѣрѣ на дому, карая обмѣръ въ рынкѣ; — виновнаго въ обманѣ только потому, что онъ живетъ въ средѣ, имѣющей интересъ поживиться чужимъ; — что, словомъ, обманъ какъ способъ нарушенія чужаго имущества имѣетъ уже по этому основанію такое же общественное значеніе, какъ и кража. Дѣйствующее русское законодательство считаетъ предметомъ обмана чужое имущество, а не общественное довѣріе, и потому къ нему не примѣнимы начала разсмотрѣнной школы.

3) Особую обрисовку получаетъ ограниченіе наказуемаго обмана по предмету у Кэстлина. Обманъ у него является преступ-

нымъ только когда онъ нарушаетъ право само въ себѣ; а это возможно лишь подъ условіемъ, чтобы виновный своею дѣятельностью стремился подчинить себѣ волю другого лица безпрекословно, лишить ее возможности защиты, сдѣлать ее widerstandlos. Здѣсь сквозить мысль Кукумуса и Миттермайера объ обманѣ какъ насиліи распознавательной способности. Но безпрекословное подчиненіе себѣ воли другого лица, по Кэстлину, имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда обманъ не обязываетъ, а только побуждаетъ потерпѣвшаго совершить опредѣленное дѣйствіе или упущеніе, такъ какъ «право не подвергаться нарушеніямъ посредствомъ обмана абсолютное». Мысль Кэстлина имѣетъ лишь то значеніе, что обманъ долженъ представлять собою фактическія указанія, опредѣляющія дѣятельность потерпѣвшаго; но въ силахъ ли онъ былъ распознать истину, провѣривъ надлежащимъ образомъ лживыя заявленія, или нѣтъ, представлялъ ли обманъ такія свойства, вслѣдствіе которыхъ имъ могъ быть обольщенъ и человѣкъ вполне осторожный—это по Кэстлину вполне безразлично. Только въ вопросѣ о причинной связи онъ находитъ нужнымъ выбросить нѣкоторые виды обмановъ изъ уголовного права, находя ихъ не стоящими въ надлежащемъ соотвѣтствіи съ послѣдствіемъ. Признаку же «безпрекословнаго подчиненія» онъ рѣшился придать лишь то практическое значеніе, что въ виду его выдѣляетъ изъ уголовно-преступнаго обмана умолчаніе объ истинѣ, кромѣ, однако, нѣкоторыхъ случаевъ; но для этого не слѣдовало даже прибѣгать къ такому шаткому признаку, могущему подать поводъ къ массѣ недоразумѣній, такъ какъ выдѣленіе бездѣйствія изъ области обмана лежитъ въ самомъ понятіи обмана и въ требованіи причинной связи между дѣйствіями виновнаго и потерпѣвшаго.

§ 48. Ограниченія наказуемости квалифицированными обманами имѣютъ представителей въ теоріяхъ лишенія гражд. защиты, нормальнаго и индивидуальнаго благоразумія, въ теоріи народнаго чувства справедливости и легальнаго указанія наказуемыхъ обманныхъ уловокъ.

1) Имущественный обманъ преступенъ только въ томъ случаѣ, когда имъ отнимается юридическая возможность возстановленія нарушеннаго путемъ гражданскаго правосудія. Таковы теоріи Прейшена и Меркеля. Не смотря на обворожительную ловкость аргументаціи послѣдняго, на массу дѣлаемыхъ имъ сближеній съ

кражей и другими имущественными преступленіями, доказывающихъ, что дѣйствительно лишеніе потерпѣвшаго гражданской защиты есть одинъ изъ моментовъ, опредѣляющихъ наказуемость нарушеній имущества — это совершенно неосновательно отрицаетъ Гэльшнеръ, — разсматриваемая теорія не можетъ быть, однако признана непогрѣшимою. Прежде всего бросается въ глаза, что по ней основаніе наказуемости лежитъ не въ дѣйстви виновнаго, а въ недостаточности средствъ гражданской юстиціи. Но вѣдь совершенствованіе послѣдней лежитъ на обязанности государства и потому нѣтъ никакихъ основаній налагать за нее кары на частное лицо; гораздо проще и естественнѣе потребовать, чтобъ государство обратило вниманіе на пробѣлы въ одной изъ своихъ функцій и восполнило ихъ. — Съ другой стороны, какъ замѣтилъ еще покойный Миттермайеръ за 30 лѣтъ до появленія сочиненія Меркеля, если даже признать, что стремленіе устранить обманомъ возможность гражданской защиты представляетъ одно изъ основаній преступности обмана, но это основаніе далеко не исключительное. Самъ Меркель сознается въ этомъ, находя нужнымъ рядомъ съ нимъ поставить другое основаніе преступности — неумѣстность данныхъ обманныхъ уловокъ по господствующимъ въ обществѣ взглядамъ. Легко видѣть, однако, что каждое изъ нихъ противорѣчитъ другому; при первомъ наказуемость условливается недостаточностью гражданской защиты, второе, напротивъ, предполагаетъ полную возможность ея.

2) Только обманы особенно ловкіе или особенно коварные должны подлежать наказанію, а всѣ прочіе, хотя бы они въ данномъ случаѣ и оказались пригоднымъ средствомъ выманиванія чужаго имущества, могутъ влечь лишь гражданскія послѣдствія¹⁾. Легко видѣть, однако, что понятія «особенно ловкихъ» и «особенно коварныхъ» обмановъ совершенно неопредѣленны, такъ какъ ими выражается лишь сравненіе съ другою неизвѣстною величиною. И вотъ разсматриваемое направленіе пытается влить опредѣленное содержаніе въ эти формы двоякимъ путемъ.

а) Одни говорятъ, что подлежащими уголовному правосудію должны быть признаны тѣ обманы, убережся отъ которыхъ невозможно было при нормальномъ благоразуміи, при нормальной осмотрительности (*common prudence; prudence ordinaire; ordinaria*

¹⁾ Это — принципъ австрійскаго законодательства и итальянскаго права. *Carra, Programma, 1869, IV, §§ 2338, 2339.*

prudenza). Таковъ взглядъ обычнаго англійскаго права и прежній взглядъ французской судебной практики¹⁾; въ послѣдней, однако, онъ проводился лишь въ примѣненіи къ одной формѣ имущественнаго обмана — *escroquerie*, не касаясь вовсе *tromperie*; и даже въ первой нѣкоторые случаи — обманы посредствомъ присвоенія чужаго или вымышленнаго имени — обсуживались совершенно независимо отъ его вліянія. Но это начало, представляя собою лишь видоизмѣненіе взгляда, по которому предметомъ наказуемаго обмана является общественное довѣріе, не можетъ быть признано вѣрнымъ по слѣдующимъ соображеніямъ: α) Мѣрки нормальнаго, обычнаго благоразумія не можетъ дать ни законодатель, ни судья; признаніе или непризнаніе его въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ всегда будетъ дѣломъ произвола, устраненіе котораго въ высшей степени желательно въ области уголовного правосудія. И такъ какъ — вслѣдствіе невозможности для законодателя установить ее — рѣшающій голосъ будетъ принадлежать суду по существу, то при признаніи этого начала мы должны будемъ допустить юридическую нелѣпость: вопросъ противозаконности станетъ вопросомъ факта. β) Государственная охрана главнымъ образомъ предназначается для тѣхъ лицъ, которыя своими собственными силами не могутъ достаточно оградить свои интересы; при началѣ же о наказуемости лишь тѣхъ обмановъ, отъ которыхъ нельзя было уберечься примѣненіемъ нормальнаго благоразумія, лица, наиболѣе нуждающіяся въ государственной охранѣ, именно стояція ниже уровня нормальнаго благоразумія, будутъ лишены его. γ) Вмѣстѣ съ тѣмъ это начало не можетъ свидѣтельствовать и о степени внутренней преступности обманщика; съ одной стороны, онъ далеко не всегда знаетъ мѣру нормальнаго благоразумія. Съ другой стороны, когда онъ знаетъ уровень этого благоразумія и находитъ обманываемое лицо стоящимъ ниже его, то примѣнить грубыя уловки, которыя будутъ имѣть тѣже послѣдствія, какъ относительно другихъ лицъ самыя тонкіе обманы; между тѣмъ въ подобныхъ случаяхъ онъ, согласно разсматриваемому началу, освобождается отъ наказанія. Ergo: наказуемость по этой теоріи опредѣляется не фактомъ правона-

¹⁾ Миттермайеръ, Гейбъ и другіе германскіе криминалисты упрекаютъ въ немъ всю французскую практику и выдаютъ второй взглядъ — оцѣнка обмана по личности обманутаго — за продуктъ нѣмецкой доктрины; но это совершенно невѣрно. См. напр. Rolland de Villargues, в. с. №№ 84, 89, 95 и 98 къ ст. 405 C. pén.; Chauveau et Hélie, Théorie V, 315.

рушенія, не степенью внутренней виновности, не способом дѣйствія, а обстоятельствомъ совершенно случайнымъ и не входящимъ въ составъ преступленія.

б) Видя неосновательность этого начала, приверженцы ограниченія уголовнопреступнаго обмана лишь обманами особенно ловкими или особенно коварными указываютъ другой признакъ распознаванія послѣднихъ. Они говорятъ, что при юридической оцѣнкѣ обмана необходимо обращать вниманіе на личность обманутаго и подвергать уголовному преслѣдованію лишь тѣ обманы, которые превосходятъ обычное благоразуміе обманутаго; во всѣхъ другихъ случаяхъ, напротивъ, именно когда обманутый повѣрилъ ложнымъ заявленіямъ только вслѣдствіе недостаточной съ своей стороны осмотрительности, имѣя возможность уберечься отъ нихъ, примѣненіе уголовного правосудія не имѣетъ разумныхъ основаній. Взглядъ этотъ зародился во французской литературѣ и судебной практикѣ, но полное развитіе получилъ въ сочиненіяхъ нѣмецкихъ криминалистовъ—Миттермайера, Гейба и Эшера.— Въ подтвержденіе свое онъ приводитъ слѣдующія соображенія. Подвергать наказанію всякій имущественный обманъ невозможно, съ одной стороны потому, что этимъ налагается неумѣстная узда на экономическій оборотъ общества; съ другой потому, что законодатель долженъ охранять лишь имущество лицъ, которыя сами бережно относятся къ своимъ имущественнымъ интересамъ, и помнить начала: *vigilantibus jura s. scripta* и *natur. licentia descipendi*. Поэтому лицо, которое лишается имущества вслѣдствіе собственной небрежности, не въ правѣ ожидать помощи отъ государства. Распознать же это можно въ такомъ случаѣ, если исходить изъ индивидуальныхъ силъ и способностей потерпѣвшаго и помогать ему только противъ такихъ обмановъ, противъ которыхъ онъ самъ оградить себя не могъ отнесясь внимательно къ обстоятельствамъ дѣла.

Однако, софизмъ этихъ положеній весьма ясенъ. а) Карая обманъ, законодатель не налагаетъ неумѣстныхъ стѣсненій на экономическій оборотъ общества, а, напротивъ, содѣйствуетъ его здоровой постановкѣ. «Свобода торговли, говоритъ одинъ изъ компетентныхъ судей по этому вопросу ¹⁾, есть ея безопасность. А эта безопасность ничѣмъ столько не компрометируется и не нарушается, какъ безчестными дѣйствіями торговцевъ. Слѣдователь-

¹⁾ Million, Traité des fraudes en matières de marchandises, стр. XIX.

но, свобода торговли главнымъ образомъ зависитъ отъ совершенства уголовныхъ законовъ о безчестныхъ и обманныхъ дѣйствіяхъ». И въ самомъ дѣлѣ, какое извиненіе можетъ найти себѣ лицо, искаженіемъ фактовъ побуждающее другаго совершить незаконную, мошенническую передачу себѣ имущества? Неужто торговля такъ тѣсно срослась съ обманомъ, что кара послѣдняго грозить вмѣстѣ съ тѣмъ существованію первой? Неужто мы живемъ въ вѣкъ кулачнаго рыцарства, когда торговецъ долженъ былъ обманомъ восполнять отнятое у него силою, а не въ вѣкъ желѣзныхъ дорогъ и широкихъ международныхъ сношеній? И можетъ ли законодатель приносить интересы большинства въ жертву безнравственнымъ интересамъ меньшинства? Разрѣшеніе этихъ вопросовъ не представляетъ никакихъ сомнѣній, если исходить изъ вѣрнаго понятія обмана; только въ такомъ случаѣ, когда съ обманомъ будутъ смѣшиваться лживыя указанія личныхъ мнѣній, т. е. выводовъ изъ неискаженныхъ фактовъ, и умолчаніе знаній, можно говорить о наложеніи неумѣстой узды на имущественную производительность общества. И въ самомъ дѣлѣ, писатели этого направленія имѣли въ виду главнымъ образомъ лживые выводы, смѣшивая ихъ съ обманомъ. Въ доказательство справедливости своей теоріи они съ искусствомъ указывали весь вредъ уголовного преслѣдованія заявленій торговца, что его товаръ хорошъ, добротенъ, между тѣмъ какъ онъ въ дѣйствительности плохъ, негоденъ для употребленія и т. под.; говорили, что обманы въ относительныхъ качествахъ, какими являются понятія дурнаго и хорошаго, не могутъ опредѣлить дѣятельности потерпѣвшаго и потому не могутъ быть признаны причиною нарушенія его имущества; забывая съ одной стороны, что качества вещи составляютъ лишь опредѣленные признаки ея, а не результатъ совокупности многихъ признаковъ, представляющійся въ формѣ личнаго мнѣнія; съ другой—что въ случаяхъ подобнаго рода существуетъ гражданская отвѣтственность, не мыслимая безъ причинной связи между дѣйствіемъ одной и послѣдствіемъ, наступившимъ на другой сторонѣ. Но затѣмъ, если изъ обмана выбросить все вошедшее въ область его по одному недоразумѣнію, то упадетъ всякій мотивъ извиненія виновнаго въ немъ и всякое опасеніе за безопасность экономического оборота. β) Еще болѣе возраженій можетъ быть сдѣлано противъ втораго положенія этой теоріи. Остановимся

сперва на тѣхъ «положительныхъ» аксіомахъ о вліяніи небрежности, которыя выдвигаются ею на первый планъ.

Начало: «*vigilantibus jura sunt scripta*» (законъ для дураковъ не писанъ) взято ею изъ римскаго права. Но даже оно, при всемъ проникавшемъ его духъ гражданской самодѣтельности, не придавало этому началу того значенія, которое хочетъ навязать ему разсматриваемая школа. Извѣстно, что при обманѣ (*dolus*) одной стороны, небрежность другой не составляла препятствія для возстановленія нарушеннаго права¹⁾. Другое начало (*natur. lic. decip.*), на основаніи котораго оно также хочетъ объяснить неумѣстность наказанія всѣхъ имущественныхъ обмановъ, передѣлано изъ извѣстнаго мѣста Помпонія, вошедшаго и въ дигесты: «*in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahendibus se circumvenire*»²⁾. Но смыслъ ея, очевидно, совсѣмъ не можетъ служить въ подтвержденіе оспариваемаго взгляда, означая лишь ту же мысль, которая выражается и русской поговоркой: «въ цѣнѣ купецъ воленъ, а въ вѣсѣ не воленъ»; послѣдняя отличается только большей полнотой и опредѣленностью. Изъ того, что по естественнымъ понятіямъ «въ цѣнѣ купецъ воленъ», или, по словамъ Помпонія, можетъ обойти въ цѣнѣ покупателя и продать вещь дороже ея дѣйствительной стоимости, слѣдуетъ лишь, что купецъ по большей мѣрѣ имѣетъ право выхваливать свои товары высказываніемъ личныхъ мнѣній о ихъ добротности (личные выводы изъ фактовъ) и отнюдь не даетъ ему права употреблять обманъ въ фактахъ.

Но даже допуская, что небрежности потерпѣвшаго можетъ быть придано юридическое значеніе въ вопросахъ гражданского права, переносить его только по этому на уголовное правосудіе нѣтъ никакихъ основаній. Небрежность не дѣлаетъ имущества потерпѣвшаго имуществомъ виновнаго, слѣд., для послѣдняго оно остается чужимъ. И если государство хочетъ покарать небрежность, лишая ея покровительства законовъ, то этимъ вовсе не устраняется его обязанность — не зависящая отъ частныхъ интересовъ потерпѣвшаго — покарать и другую сторону за выманиваніе чужаго имущества обманомъ. Противоположный взглядъ, такимъ образомъ, выходитъ изъ неоправдываемаго ничѣмъ положенія, что го-

¹⁾ Jhering, der Schuldmoment im röm. Privatrecht, стр. 53, 54.

²⁾ Fr. 16 § 4 D. de minoribus (4,4).

сударственная кара установлена въ интересахъ частныхъ, а не въ интересахъ общественныхъ.

Въ частности противъ нормальной мѣры индивидуальнаго благоразумія какъ критерія уголовно-преступнаго обмана необходимо замѣтить слѣдующее. 1) Теорія эта налагаетъ на судъ невыполнимую задачу изслѣдованія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ умственного и житейскопрактическаго уровня потерпѣвшаго, т. е. обязываетъ его дать оцѣнку личности въ ея цѣльномъ видѣ. Известно, что прежде на судъ пытались возложить обязанность произносить приговоръ о личности подсудимаго вообще, а не только объ отдѣльномъ его актѣ. Но выполненіе ея, оказалось суду не по силамъ; вмѣсто пользы она создала инквизицію грозной и презрѣнной памяти. Разсматриваемая теорія стремится воскресить это направленіе, ставя лишь вмѣсто общей нравственной оцѣнки оцѣнку всего умственного и житейскопрактическаго строя потерпѣвшаго, чѣмъ задача суда нисколько не облегчается. 2) Но даже предполагая удовлетворительное разрѣшеніе судомъ перваго вопроса, ему необходимо будетъ разрѣшить второй не менѣе трудный по своей неуловимости: зналъ-ли подсудимый дѣйствительный уровень благоразумія потерпѣвшаго или не зналъ? И при отрицательномъ отвѣтѣ роль суда очень печальна, такъ какъ теряется самая основа преступности обмана. Наконецъ, 3) выставленная мѣрка преступности не можетъ быть признана удовлетворительнымъ критеріемъ виновности подсудимаго и опасности его для общественнаго правосостоянія также потому, что она обращаетъ лишь вниманіе на умственный уровень потерпѣвшаго, не ставя съ нимъ ни въ какое соотношеніе уровень виновнаго въ обманѣ. Оттого легко можетъ произойти, что одно и то же лицо за одно и то же дѣйствіе подвергнется или не подвергнется наказанію, смотря потому, противъ кого оно направляло свой обманъ; при чемъ совершенно безразлично, знало ли оно личныя различія субъектовъ, противъ которыхъ дѣйствовало, или не знало. — Такимъ образомъ и объ этой теоріи мы должны сказать то же, что уже сказано противъ предъидущей: преступность дѣйствія опредѣляется здѣсь не предметомъ нарушенія, не степенью виновности, не способомъ дѣйствія, а обстоятельствомъ совершенно случайнымъ и лежащимъ внѣ состава преступленія.

§ 49. Въ виду шаткости указанныхъ общихъ началъ 3) нѣкоторые законодательства пытаются опредѣлить твердо границы уго-

ловнопреступнаго имущественнаго обмана тѣмъ, что путемъ легальныхъ постановленій опредѣляютъ конкретные признаки наказуемаго обмана или даже направленіе его, то впечатлѣніе, которое онъ долженъ или стремится произвести въ мнѣніи потерпѣвшаго. Такъ англоамериканская судебная практика до сихъ поръ продолжаетъ говорить, что «простая ложь» (a bare naked lie) не подвергается виновнаго уголовному преслѣдованію, а что, напротивъ, для этого необходимо предъявленіе виновнымъ какихъ либо лживыхъ фактическихъ основаній въ подкрѣпленіе своего заявленія. Если подъ фактическими основаніями разумѣть матеріальныя, осязательныя подкрѣпленія лживыхъ заявленій, то, очевидно, требованіе ихъ какъ условіе наказуемости обмана не имѣетъ логическаго оправданія. Оно исходитъ изъ того предположенія, что только матеріальныя подкрѣпленія могутъ придать убѣдительность заявленіямъ лица, а при отсутствіи ихъ каждый можетъ свободно провѣрить справедливость заявленій. Но съ одной стороны матеріальныя подкрѣпленія, напр. письма, чужой костюмъ и т. под. также могутъ быть провѣрены обманутымъ и нерѣдко гораздо легче, чѣмъ ловкіе словесные обманы и обманныя уловки; съ другой стороны, невозможно утверждать, — какъ справедливо замѣтилъ еще Вэхтеръ противъ теоріи Кукумуса, — будто бы только при матеріальныхъ подкрѣпленіяхъ насилуется распознавательная способность лица, отнимается возможность свободы дѣйствія; подобное же значеніе имѣютъ и словесные фактическіе обманы. Однако, экономическая жизнь Америки своимъ развитіемъ побуждаетъ тамошнюю практику не требовать отъ обманутаго доказательствъ, что виновный предъявилъ ему какія либо матеріальныя подкрѣпленія лжи — какъ бы можно подумать съ перваго взгляда, — и относить къ лживымъ фактическимъ основаніямъ всякій даже словесный обманъ въ дѣйствительномъ, однако, смыслѣ этого слова. Правда, ни одинъ американскій судъ не увидитъ cheating въ дѣйствіи лица, которое, выдавъ себя человѣкомъ богатымъ, успѣло получить деньги въ заемъ; но съ другой стороны, ни одинъ американскій судъ не усомнится въ наличности мошенничества, когда виновный для полученія займа заявилъ ложно, что ему принадлежитъ опредѣленная сумма денегъ, находящаяся въ рукахъ у другаго лица, хотя бы это заявленіе не выходило изъ области словесной формы. Встрѣчающіеся же до настоящаго времени рѣдкіе примѣры рѣшеній въ противоположномъ духѣ объясняются

вліяніемъ обычнаго права, которое до сихъ поръ дѣйствуетъ рядомъ съ статутами. Слѣд., выставленное американской практикой начало понимается ею теперь лишь въ смыслъ необходимости обмана въ дѣйствительномъ значеніи этого слова; а такой взглядъ и мы признаемъ вполне основательнымъ.

Въ одномъ изъ видовъ мошенничества по французскому праву — *escroquerie* — вліяніе законодательнаго ограниченія уголовнопреступнаго обмана гораздо сильнѣе. Въ силу ст. 405 фр. угол. улож. наказуемымъ признается выманиваніе имущества только посредствомъ такого обмана, который состоитъ 1) въ употребленіи ложнаго имени и лживыхъ личныхъ качествъ, или 2) въ обманныхъ уловкахъ, примѣненныхъ для убѣжденія въ существованіи ложныхъ предпріятій, мнимой власти или кредита, или для возбужденія надежды или страха какого либо вымышленнаго обстоятельства. Отчего это особое направленіе требуется лишь при обманныхъ уловкахъ, между тѣмъ какъ обманы посредствомъ употребленія ложнаго имени и лживыхъ личныхъ качествъ наказуемы и безъ него, законъ не говоритъ; но причина, очевидно, лежитъ въ томъ, что «обманные уловки» онъ считалъ понятіемъ слишкомъ широкимъ и потому рѣшился опредѣлить его точнѣе. Однако, полной опредѣленности достигъ этимъ онъ не могъ, что уже видно изъ возникшаго въ практикѣ сознанія необходимости выставить еще одинъ критерій уголовного обмана — нормальное, а въ послѣдствіи индивидуальное благоразуміе потерпѣвшаго. Кромѣ того, остается непонятнымъ и недоказаннымъ, почему только указанные въ ст. 405 виды обмана должны подлежать наказуемости; въ практикѣ, напротивъ, встрѣчались нерѣдко необнимаемые ею случаи обмана, опасность которыхъ для общественнаго правосостоянія до того была очевидна, что даже суды Франціи, при всей своей нелюбви къ аналогіи преступленій, примѣняли къ нимъ уголовный законъ. Такъ, напр., къ мошенничеству отнесено дѣйствіе должника, который получилъ отъ своего кредитора свое заемное обязательство посредствомъ ложнаго словеснаго заявленія, что онъ за нѣсколько времени передъ тѣмъ уже передалъ нотаріусу должную съ него сумму¹⁾. И вотъ для того, чтобы избавить суды отъ необходимости дѣлать подобныя натяжки, уложенія сардинское и новобельгійское, положившія въ основу своихъ узаконеній начала французскаго права, въ этомъ отношеніи отступаютъ отъ него,

¹⁾ Rolland de Villargues, в. с. № 162 къ ст. 405 угол. Улож.

расширяя предѣлы уголовнопреступнаго обмана на всѣ обманныя уловки; французское же уложеніе съ своими ограниченіями мошенничества стоитъ совершенно особнякомъ и ни одно изъ новѣйшихъ законодательствъ, слѣдовавшихъ ему, не приняло его редакціи ст. 405. Всѣ онѣ единогласно признаютъ, что въ виду современныхъ экономическихъ отношеній наказуемость обмана должна быть расширена. Наконецъ, 4) рядомъ съ этими ограниченіями или совершенно самостоятельно выставляли требованіе, чтобъ наказуемость обмановъ не противорѣчила народному чувству справедливости (Темме, Гейбъ, Миттермайеръ). Крайніе послѣдователи этого направленія считали возможнымъ ограничиться указаніемъ правила, что наказанію должны подлежать только тѣ обманы, которые считаются за преступныя самимъ народомъ. Но легко видѣть, какъ мало пригодно это правило для законодательства. Никто, конечно, не станетъ отрицать, что послѣднее должно быть выраженіемъ народныхъ взглядовъ о справедливости; и чѣмъ болѣе расходится съ ними законъ, тѣмъ хуже для него. Но распознаваніе ихъ есть дѣло законодателя, а не судьи; поэтому законодатель долженъ въ точности указать, какія именно начала онъ признаетъ соотвѣтствующими народнымъ взглядамъ справедливости, ограничиваясь же общимъ указаніемъ ихъ онъ вводитъ произволъ въ судебную практику и уклоняется отъ своей прямой обязанности.

Такимъ образомъ, съ логической стороны всякое искаженіе истины для обольщенія другаго, удовлетворяющее условіямъ обмана по содержанію и по формѣ и направляемое на похищеніе чужаго имущества, можетъ и должно подлежать наказанію коль скоро нѣтъ особыхъ бытовыхъ условій, обязывающихъ дать этому вопросу иную обрисовку. Но, конечно, для этого должны быть въ наличности всѣ признаки, указываемые для мошенничества; при отсутствіи же одного или многихъ изъ нихъ уголовное правосудіе уступаетъ свое мѣсто гражданскому. Въ этомъ только смыслѣ и можно теперь говорить о границахъ уголовного и гражданскаго имущественнаго обмана.

§ 50. Указавъ неубѣдительность выставляемыхъ ограниченій имущественнаго обмана, перехожу затѣмъ къ разсмотрѣнію, какою взглядъ по этому вопросу проводится русскимъ правомъ.

Въ исторіи нашего законодательства рядомъ съ мошенничествомъ искони стояли нѣкоторые особенные случаи имуществен-

ныхъ обмановъ, выдѣлявшіеся изъ него; они или составляли самостоятельныя преступленія, или вовсе освобождались отъ наказуемости. Однако, мошенничество обнимало затѣмъ всѣ остальные особо не предусмотрѣнные обманы безъ всякихъ ограниченій (по крайнѣй мѣрѣ, по точному смыслу редакцій его со временъ указа 1781), лишь бы они были способомъ выманиванія чужаго движимаго имущества. Тотъ же взглядъ проводится и Уложениемъ о Наказ. Это подтверждается:

а) Общимъ опредѣленіемъ ст. 1665 Улож., которая требуетъ «какой либо обманъ», лишь бы онъ стоялъ въ причинной связи съ дѣйствіемъ потерпѣвшаго и имущественной потерей (посредствомъ обмана). Особые же приготовленія, сдѣланныя виновнымъ, составляютъ уже обстоятельство, увеличивающее вину.

б) Соображеніями редакторовъ проекта Улож. о Наказ. Изъ нихъ совершенно ясно открывается, что они считали возможнымъ предметомъ уголовнаго правосудія всякій имущественный обманъ, превосходить ли распознаваніе его мѣрку нормальнаго благоразумія или нѣтъ, составляетъ ли онъ привычку того или другаго класса общества или не составляетъ, выполненъ ли онъ ловко или грубо. Такъ въ замѣчаніяхъ къ ст. 2107 — 2120 проекта (1665 и сл. Улож. 1866) мы читаемъ: «Время, опытъ и успѣхъ наукъ пріучили насъ къ точнѣйшему означенію всѣхъ болѣе или менѣе отличающихъ каждое преступленіе свойствъ, или по крайнѣй мѣрѣ главнѣйшихъ свойствъ онаго. Въ числѣ прочихъ, составилось и понятіе болѣе ясное и полное о воровствѣ-мошенничествѣ. Подъ симъ названіемъ всѣ мы понимаемъ похищеніе чужаго движимаго имущества посредствомъ какого либо обмана. Опредѣливъ, что характеристическая, такъ сказать, черта воровства-мошенничества есть употребленіе обмана при посягательствѣ на право собственности, легко отличать сіе преступленіе отъ всѣхъ другихъ способовъ похищенія или присвоенія чужаго имущества. По симъ соображеніямъ составлено въ ст. 2107 нашего проекта (1665 Улож. 1866 г.) не столь обширное, но, смѣемъ думать, болѣе точное опредѣленіе сего преступленія.» Мотивы къ ст. 2133 и 2134 проекта (1688 и 1689 Улож. 1866), приведенные нами выше, свидѣтельствуютъ, что по взгляду редакторовъ наказуемъ и тотъ обманъ, который способенъ обморочить лишь людей легковѣрныхъ, легкомысленныхъ ¹⁾. Изъ соображеній къ ст. 2107—

¹⁾ Оно (преступленіе, предусмотрѣнное ст. 1688 Улож.) есть одно изъ са-

2120, 2131, 2133 проекта открывается, что способъ выполненія обмана по взгляду редакторовъ имѣетъ лишь вліяніе на величину наказанія, не обусловливая наказуемости его. в) Тотъ же взглядъ сохранился и въ законодательствѣ позднѣйшаго времени. Вотъ что говорятъ редакторы Уст. о Наказ., налаг. миров. суд.: «Съ юридической точки зрѣнія, мошенничество (по наказуемости) не можетъ быть вполнѣ приравниваемо къ кражѣ, потому что одинъ изъ необходимыхъ признаковъ, которымъ обусловливается послѣдняя, состоитъ въ похищеніи чужой собственности безъ согласія ея владѣльца. Мошенничество, напротивъ, возможно только при такомъ согласіи, хотя и вызванномъ хитростью обманщика, но тѣмъ не менѣе положительно даннымъ самимъ обманутымъ. Независимо отъ сего важнаго различія въ свойствѣ самаго дѣянія (т. е. въ способѣ дѣйствія), необходимо обратить вниманіе и на то, что строгость наказанія должна всегда соразмѣряться, между прочимъ, со степенью опасности, угрожающей гражданскому обществу. Отъ ловкаго и искуснаго вора укрыться чрезвычайно трудно; уберечься отъ обмановъ гораздо возможнѣе. Обманутый до нѣкоторой степени почти всегда виноватъ самъ (и однако это соображеніе послужило лишь основаніемъ уменьшенія наказанія за нѣкоторые виды мошенничества сравнительно съ кражею, а не устраненія его)... Такимъ образомъ, одною изъ главныхъ причинъ мошенничествъ разнаго рода представляются легкомысліе, неразуміе или неосмотрительность самихъ тѣхъ, которые имъ подвергаются. По этой причинѣ, многіе криминалисты полагаютъ даже, что большая часть обмановъ не подлежитъ совсѣмъ наказанію уголовному, а должна влечь за собою одну гражданскую отвѣтственность. Трудно согласиться вполнѣ съ такимъ взглядомъ, потому что обманувшій всегда имѣетъ преступное намѣреніе присвоить себѣ чужое имущество; но тѣмъ не менѣе нельзя не признать, что обманщикъ и воръ не могутъ быть подвергаемы наказанію совершенно одинакому»¹⁾.

Такимъ образомъ и редакторы Улож., и редакторы Уст. о наказ. не видѣли никакихъ основаній ограничивать область уголовного

мыхъ обыкновенныхъ въ наше время, именно злоумышленное черезъ лживыя извѣстія или внушенія побужденіе людей легковѣрныхъ, легкомысленныхъ или же слабоумныхъ къ явно невыгоднымъ по имуществу ихъ сдѣлкамъ».

¹⁾ Судебные Уставы изд. государ. канцеляріи 1867, часть IV, мотивы къ ст. 174 Уст. о Наказ.

правосудія лишь нѣкоторыми видами обмановъ; особенности способа выполненія его, по мнѣнію ихъ, могли служить лишь основаніемъ измѣненія величины наказанія, а не условіемъ его примѣненія или непримѣненія.

§ 51. Практика кассационнаго уголовного департамента сената придерживается—хотя далеко не послѣдовательно—другаго начала. Такъ въ рѣшеніи по дѣлу Колзакова для наказуемости обмановъ имущественныхъ она требуетъ, чтобъ обманъ представлялъ особую ловкость; въ дѣлѣ Михайловыхъ (IV, 609) высказано, что «не всякій обманъ составляетъ мошенничество, а только обманъ, для котораго употреблены средства (?), придающія ему характеръ уголовного проступка, предусмотрѣннаго (!) въ законѣ». Въ рѣшеніи по дѣлу Щербакова (IV, 185) требуется, чтобъ отъ обмана невозможно было оградить себя обыкновенными мѣрами предосторожности, а въ дѣлѣ Минце (IV, 742)—чтобы покупатель не могъ предостеречь себя отъ обмана при нѣкоторой (?) съ его стороны осторожности. Гораздо дальше она идетъ въ рѣшеніи по дѣлу Ходова (IV, 263), гдѣ требуется даже «невозможность» распознать обманъ. Ясно, что при послѣднемъ взглядѣ рѣшительно всѣ обманы должны быть выдѣлены изъ области уголовного правосудія, такъ какъ, говоря абсолютно, всѣ они могутъ быть распознаны: иначе ни по одному изъ нихъ не было бы возможности постановить обвинительный судебный приговоръ. Въ другихъ же изъ приведенныхъ рѣшеній сенатъ исходитъ изъ теоріи общаго нормальнаго благоразумія, какъ мы видѣли, не заслуживающей никакого уваженія ни съ точки зрѣнія логическихъ началъ, ни на основаніи постановленій дѣйствующаго русскаго права; къ приведеннымъ уже соображеніямъ, пожалуй, можно прибавить еще одно: сенатъ ставитъ условіемъ наказуемости обмана наличность «особыхъ приготовленій» на сторонѣ обманщика. Но по точному смыслу ст. 175 п. 3 Уст. о наказ. и ст. 1671 п. 3 Улож. о наказ., особые приготовленія составляютъ уже обстоятельство, увеличивающее наказуемость, слѣд. послѣдняя въ нормальныхъ размѣрахъ должна имѣть мѣсто и при отсутствіи ихъ.

Впрочемъ, самъ кассационный сенатъ сознаетъ неубѣдительность выставленнаго имъ начала. Онъ проводитъ его только въ обманахъ въ качествѣ предмета, не примѣняя къ другимъ видамъ мошенничества. При чемъ случаи, въ которыхъ признавалось это начало—или, по крайней мѣрѣ, по поводу которыхъ оно уста-

новлено—представляли такія лживыя утвержденія, которыя относились къ добротности или негодности предмета вообще, а не къ опредѣленнымъ признакамъ его. Поэтому нельзя не преклониться предъ тѣмъ высокимъ мотивомъ, который руководилъ сенатомъ въ приведенныхъ рѣшеніяхъ; нельзя не признать вмѣстѣ съ нимъ, что примѣненіе уголовного правосудія къ случаямъ подобнаго рода не поможетъ, а въ концѣ подорветъ производительность и торговлю. Мы возстаемъ лишь противъ той юридической квалификаціи, которая проводится сенатомъ для объясненія здѣсь неумѣстности наказанія. Уголовное правосудіе не можетъ и не должно примѣняться къ подобнымъ случаямъ, но не потому, что наказуемость ограничивается лишь обманами особенно ловкими, противъ которыхъ трудно было уберечься, а потому, что въ случаяхъ этого рода нѣтъ обмана въ строгомъ смыслѣ слова.

Высказываніе завѣдомо лжнаго мнѣнія о вещи на основаніи совокупности ея признаковъ и обманъ въ фактическихъ признакахъ (качествѣ) вещи—два понятія совершенно различныя. Последний предлагаетъ ложныя фактическія основанія для дѣятельности обманываемаго; первое, основываясь на фактахъ неискаженныхъ, выдается не болѣе какъ за личное мнѣніе.

Протестъ мой противъ начала кас. сената имѣетъ, какъ смѣю думать—не только теоретическое, но и важное практическое значеніе, такъ какъ признакомъ сената нельзя отличить случаи, не подлежащіе наказанію, отъ такихъ, которые должны подлежать ему; это доказалъ самъ сенатъ, найдя возможнымъ въ одномъ изъ приведенныхъ рѣшеній оставить безъ наказанія продажу позолоченной вещи обманомъ за золотую, между тѣмъ какъ здѣсь былъ обманъ въ фактическихъ признакахъ вещи (обм. въ качествѣ), а не только представленіе виновнымъ ложныхъ личныхъ выводовъ.

§ 52. Но хотя всякій обманъ въ строгомъ смыслѣ этого слова пригоденъ для мошенничества, однако, на разговорномъ языкѣ обману придается черезъ чуръ широкое, неправильное значеніе. Сплошь и рядомъ говорятъ объ обманѣ въ намѣреніи, въ мотивахъ, объ обманѣ въ будущемъ обстоятельствѣ; лица болѣе полированные иногда даже признаютъ обманомъ простое умолчаніе безъ всякой положительной дѣятельности со стороны виновнаго.

Такимъ образомъ справедливое или, что то же, юридическое значеніе обмана не совпадаетъ съ общежитейскимъ. И такъ какъ

только первое изъ нихъ законодатель имѣлъ въ виду, говоря о преступленіи мошенничества, то необходимо всѣми силами избѣгать перенесенія въ юридическую область неправильнаго, общежитейскаго значенія обмана. На основаніи этого положенія мы считаемъ возможнымъ выставить слѣдующія требованія:

1) Мировыя учрежденія въ своихъ приговорахъ должны указывать тѣ фактическія обстоятельства дѣла, въ которыхъ ими признанъ обманъ; въ свою очередь, вопросы присяжнымъ не могутъ ограничиваться обозначеніемъ слова «обманъ», а должны содержать въ себѣ точное указаніе фактическихъ признаковъ его. Тоже должно сказать о «качествахъ предмета», такъ какъ подъ ними нерѣдко—хотя совершенно неправильно—разумѣются не опредѣленные фактическіе признаки его, а результатъ совокупности многихъ признаковъ, существующій только въ представленіи того или другаго лица.

Практика нашихъ судовъ и по этому вопросу представляетъ примѣры противорѣчащихъ между собою взглядовъ, при чемъ встрѣчаются случаи невѣрной постановки вопросовъ и неправильной редакціи приговоровъ мировыхъ учреждений. Такъ по дѣлу Гоголева и другихъ вопросъ былъ предложенъ въ такой формѣ: «виновенъ ли NN въ мошенническомъ увозѣ хлопка и сбытѣ его» (к. р. II, 13); въ другомъ дѣлѣ московскій окружной судъ не опредѣлилъ тѣхъ дѣйствій, въ которыхъ состоялъ обманъ, ограничившись въ вопросѣ словами: виновенъ ли подсудимый въ томъ, что «похитилъ имущество обманомъ» (к. р. III, 409).

Кассационный сенатъ первоначально не придавалъ этому обстоятельству значенія нарушенія закона; такъ въ приведенномъ рѣшеніи III, 409 онъ отказалъ въ кассациі приговора на основаніи постановки такого общаго вопроса безъ указанія фактическихъ признаковъ обмана. Но вскорѣ взглядъ его радикально измѣнился въ томъ именно направленіи, которое слѣдуетъ признать болѣе вѣрнымъ. Въ рѣшеніи по дѣлу Степанова (IV, 299) онъ прямо высказалъ, что вопросъ объ обманѣ вообще недостаточенъ, а что судъ обязанъ указать тѣ заявленія и дѣйствія, въ которыхъ выразился обманъ; въ дѣлѣ Абрамова (IV, 80) онъ не удовлетворяется общимъ признаніемъ подсудимаго виновнымъ въ мошенническомъ присвоеніи имущества, требуя, чтобъ приговоръ указывалъ въ точности тѣ дѣйствія, изъ которыхъ судъ заключилъ о наличности

мошенничества; въ рѣшеніи по дѣлу Дидриха и Селиванова (IV, 38) сенатъ одобряетъ постановку отдѣльныхъ вопросовъ, изъ которыхъ одинъ говоритъ о фактическихъ признакахъ обмана, а другой—о похищеніи имущества такимъ обманомъ; слѣд. нашъ взглядъ раздѣляется и кассационными рѣшеніями послѣдняго времени.—2) На томъ же основаніи констатированіе обмана въ дѣйствіяхъ лица можетъ подлежать кассационной повѣркѣ. Этотъ взглядъ до послѣдняго времени проводится и кассационнымъ сенатомъ; см. напр. к. р. V, 590; только рѣшеніе по дѣлу Боброва можетъ подать поводъ къ недоразумѣнію. Здѣсь (IV, 362) высказано, что непризнаніе судомъ по существу обмана въ дѣйствіи обвиняемаго не подлежитъ повѣркѣ кассационнаго сената. Но дѣло въ томъ, что обвинительные и оправдательные приговоры въ этомъ отношеніи существенно различаются; непризнавая обмана, судъ можетъ исходить не только изъ того, что дѣйствія обвиняемаго по своему внѣшнему характеру лишены признаковъ обмана, но и изъ того, что въ немъ отсутствуютъ субъективныя условія, необходимыя для признанія обмана. Однако, коль скоро изъ приговора оправдательнаго несомнѣнно открывается, что судъ не нашелъ обмана только въ виду внѣшняго характера признанныхъ имъ дѣйствій, то подобное рѣшеніе несомнѣнно можетъ подлежать кас. повѣркѣ.—Какъ бы то ни было, это право не должно быть распространяемо на вопросъ о причинной связи послѣдствія съ обманомъ, составляющій исключительно вопросъ существа дѣла.

V. Похищеніе въ мошенничествѣ.

§ 53. Обманъ имѣетъ уголовно юридическое значеніе для мошенничества только въ такомъ случаѣ, когда, какъ говоритъ законъ—виновный посредствомъ него похитилъ чужое имущество. Но что, спрашивается, слѣдуетъ разумѣть подъ похищеніемъ въ мошенничествѣ?

Терминъ «похищеніе» имѣетъ въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ двоякое значеніе: родовое и видовое. Въ первомъ онъ означаетъ какое бы то ни было—насильственное или ненасильственное—противузаконное взятіе какого либо предмета противъ воли его обладателя, хотя бы этимъ предметомъ было и не имущество; необходимо лишь, чтобъ онъ могъ быть переставленъ съ мѣста

на мѣсто, т. е. представлялъ условія подвижности. Такъ ст. 1529, 1530 Улож. говорятъ о похищеніи женщинъ; ст. 1626 Улож. называетъ похищеніемъ разбой, грабежъ, кражу и мошенничество, а въ силу ст. 1676 Улож. оно распространяется и на нѣкоторые проступки въ обязательствахъ.

Видовое значеніе его гораздо тѣснѣе. Съ одной стороны, оно ограничивается исключительно областью преступленій противъ подвижнаго имущества. Съ другой—ему противопоставляется завладѣніе имуществомъ посредствомъ насилія; такъ первый видъ грабежа характеризуется терминомъ «отнятіе», второй—«открытое похищеніе»; хотя, впрочемъ, эта терминологія не выдержана послѣдовательно: дѣйствіе разбоя опредѣлено какъ «нападеніе для похищенія».

Въ томъ и другомъ случаѣ, однако, похищенію строго противоположаются, съ одной стороны, нарушеніе чужаго права безъ противозаконнаго взятія его; таковы истребленіе и поврежденіе чужаго имущества, нарушенія довѣрія и т. под.; съ другой—удержаніе чужаго имущества, присвоеніе его стоитъ особнякомъ отъ взятія, похищенія; при присвоеніи, какъ самостоятельномъ преступленіи, способъ взятія предполагается непроступнымъ; въ похищеніи, напротивъ, карается взятіе вещи безъ воли и согласія владѣльца.

Не слѣдуетъ, однако, думать, что всякій способъ взятія вещи безъ воли и согласія владѣльца, другими словами: всякое похищеніе чужаго имущества въ русскомъ правѣ составляетъ преступленіе. Напротивъ, наказуемость его зависитъ отъ наличности особыхъ условій на сторонѣ похищенія. И онѣ лежатъ не въ волѣ потерпѣвшаго—такъ какъ всякое похищеніе предполагается совершающимся противъ или, по крайней мѣрѣ, несогласно съ его дѣйствительной волей;—не въ предметѣ нарушенія, такъ какъ одинъ и тотъ же предметъ можетъ быть охраняемъ или неохраняемъ уголовнымъ закономъ;—наконецъ не въ намѣреніи виновнаго, такъ какъ при одномъ и томъ же намѣреніи завладѣть чужимъ имуществомъ похищеніе можетъ подлежать и не подлежать уголовному закону;—а въ томъ способѣ дѣйствія, который примѣненъ виновнымъ для похищенія чужаго имущества съ намѣреніемъ завладѣть имъ.

Такъ въ кражѣ законъ караетъ такое похищеніе имуществомъ, которое состоитъ во взятіи тайкомъ, въ похищеніи его «украдомъ»

безъ воли и согласія владѣльца. Въ грабежѣ втораго рода онъ наказываетъ порывистое, внезапное взятіе имущества на глазахъ самаго владѣльца. Въ грабежѣ 1-го рода, въ разбоѣ и въ вымогательствѣ наказуемость похищенія опредѣляется насиліемъ противъ личности какъ средствомъ его. Наконецъ въ мошенничествѣ оно имѣетъ совершенно особый характеръ, напоминающій вымогательство и соотвѣтствующіе ему случаи грабежа и разбоя; виновный не самъ беретъ вещь изъ чужаго владѣнія, а по передачѣ ее собственникомъ вещи: но эта передача условливается не физическимъ насиліемъ или угрозами, а добровольнымъ, повидимому, согласіемъ передающаго, на самомъ дѣлѣ вызваннымъ обманомъ. И вотъ то только обстоятельство, что потерпѣвшій на самомъ дѣлѣ не имѣлъ намѣренія передать свое имущество, превращаетъ взятіе его въ похищеніе.

Поэтому можно много сказать противъ употребленія въ мошенничествѣ термина «похищеніе»; можно замѣтить, что по общепринятому, житейскому смыслу этого слова, отъ котораго уголовный законъ долженъ уклоняться возможно меньше, подъ похищеніемъ разумѣется взятіе вещи безъ воли и согласія лица, хотя бы даже это согласіе въ дѣйствительности было мнимымъ; обвѣсъ и обмѣръ въ жизни не подводятся подъ похищеніе. Разладъ съ этимъ житейскимъ значеніемъ похищенія можетъ повести, съ одной стороны, къ смѣшенію составовъ родственныхъ преступленій, съ другой — къ безнаказанности многихъ случаевъ выманиванія обманомъ чужаго имущества, которые должны бы подлежать наказанію по мысли законодателя. За доказательствомъ идти не далеко; самъ кас. сенатъ нашелъ, что признакъ похищенія весьма неопредѣленъ въ обманѣ въ качествѣ товара (IV, 263). Конечно, онъ исходилъ здѣсь изъ совершенно ошибочнаго, неюридическаго взгляда, будто бы подъ похищеніемъ разумѣется нѣчто совершенно отличное отъ взятія чужаго имущества безъ дозволенія хозяина; мы хотѣли показать только, что даже высшее судебное учрежденіе можетъ увлекаться общежитейскимъ, разговорнымъ смысломъ слова въ ущербъ его юридическому значенію ¹⁾. Въ виду этого, безспорно, лучше бы было измѣнить редакцію ст. 1665 Улож., поставивъ вмѣсто нея примѣрно такую:

«Мошенничествомъ признается всякое выманиваніе чужаго

¹⁾ О похищеніи вообще см. Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des gemein. Rechtes, Kempten, 1834.

имущества посредствомъ обмана съ намѣреніемъ располагать имъ какъ своимъ собственнымъ».

§ 54. Но очевидно, что всѣ приведенныя соображенія имѣютъ полную силу только относительно того законодательства, которое, помѣстивъ въ составъ преступленія слово, имѣющее опредѣленный житейскій смыслъ, не соотвѣтствующій этому преступленію, оставляетъ затѣмъ это слово безъ всякаго дальнѣйшаго разъясненія; но когда законодатель въ точности опредѣляетъ легальный смыслъ употребляемаго имъ выраженія, то онъ въ случаѣ нужды можетъ расходиться съ общежитскимъ смысломъ и для судовъ въ такомъ случаѣ обязательенъ не послѣдній, а точно опредѣленный закономъ. Это именно и должно сказать о русскомъ законодательствѣ, которое съ замѣчательною точностью указываетъ особенное значеніе, придаваемое имъ похищенію въ составъ мошенничества.

Терминъ «похищеніе» встрѣчается только въ общемъ опредѣленіи его. Говоря же объ отдѣльныхъ видахъ мошенничества, законодатель употребляетъ вмѣсто него и какъ однозначущія съ нимъ слѣдующія выраженія: «склонить кого либо къ платежу, или къ ссудѣ, или вообще къ неслѣдующей ему выдачѣ денегъ, вещей или другаго движимаго имущества и такимъ образомъ похитить чужую собственность» ¹⁾; «выманить у кого либо деньги, товаръ или иное движимое имущество» ²⁾; «склонить или побудить кого либо сдѣлать ему или другому подарокъ» ³⁾; «обвѣситъ, обмѣрить, выдастъ одну вещь вмѣсто другой, или же инымъ какимъ бы то ни было образомъ обманетъ въ количествѣ или качествѣ товара, или въ расчетѣ слѣдующаго за оный платежа» ⁴⁾; обыграетъ посредствомъ поддѣльныхъ картъ, костей и инымъ обманомъ ⁵⁾; подмѣнить или перемѣнить вещи, ввѣренныя для перевозки и переноски ⁶⁾; побудить къ невыгодной по имуществу сдѣлкѣ, или вовлечетъ въ убыточные предпріятія и обороты ⁷⁾; передастъ фальшивый кредитный билетъ или монету, полученные случайно, другому лицу подъ видомъ настоящаго ⁸⁾.

¹⁾ Ст. 2253 Улож. изд. 1857; замѣненная ст. 1666—1668 Улож. 1866, и ст. 175 п. 7 Уст. о Наказ.

²⁾ Ст. 2255 Улож. изд. 1857—п. 2 ст. 174 Уст. о Наказ.

³⁾ Ст. 2256 Улож. изд. 1857—Уст. о Наказ. ст. 173—175.

⁴⁾ Ст. 2257 Улож. изд. 1857—ст. 173 Уст. о Наказ.

⁵⁾ Ст. 2259 Улож. изд. 1857—ст. 1670 Улож. 1866.

⁶⁾ Ст. 2260 Улож. изд. 1857—п. 1 ст. 174 Уст. о Наказ.

⁷⁾ Ст. 1688 Улож. о Наказ. ⁸⁾ Ст. 567 и 576 Улож. о Наказ.

На основаніи этихъ положительныхъ указаній не трудно составить цѣльное понятіе о похищеніи въ мошенничество. Оно обнимаетъ:

а) взятіе вещи. Причемъ не требуется необходимо, чтобъ вещь была осязаемая, могущая быть, такъ сказ., оцупана руками; напр., подарокъ можетъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда обманутый даритъ виновному его долгъ.

б) Взятіе ея съ внѣшней стороны должно представляться не амовольнымъ, какъ въ кражѣ и грабежѣ, а происходящимъ съ участіемъ обманутаго; т. е. необходима передача имущества виновному другимъ лицомъ, состоитъ ли она въ положительномъ актѣ, или въ невоспрепятствованіи самому виновному взять вещь.

в) Но передача имущества виновному должна условливаться обманомъ, такъ что въ дѣйствительности неимѣется свободного согласія потерпѣвшаго на взятіе виновнымъ его имущества.

Обращаясь къ нашей практикѣ, мы встрѣчаемъ въ ней проведеніе тѣхъ же началъ. Требуя для понятія похищенія взятіе вещи, она, однако, справедливо не считаетъ необходимымъ захватъ вещи *in corpore*, довольствуясь, если послѣ обмана и вслѣдствіе него на сторонѣ обманщика пріобрѣтается чужое имущественное право, принадлежавшее прежде потерпѣвшему и до тѣхъ поръ не принадлежавшее ему; такъ к. с. въ рѣшеніи по дѣлу Головина (IV, 879) не отрицалъ наличности похищенія въ обмѣрѣ возчиковъ въ количествѣ дровъ для уплаты имъ менѣе условленнаго¹⁾; тоже, видѣли мы, признано и въ рѣшеніи по дѣлу Пайкоса. При чемъ онъ справедливо призналъ, что законное взятіе вещи физической не устраняетъ понятія похищенія, когда послѣ него виновный выманиваетъ у потерпѣвшаго право на эту вещь какимъ либо обманнымъ дѣйствіемъ, напр., предъявленіемъ за нее мнимаго эквивалента. Такъ въ дѣлѣ Фролова (IV, 1033), обвиненнаго въ обмѣнѣ на фальшивый даннаго ему для размѣна 10 рублеваго кредитнаго билета, правильность примѣненія ст. 173 Уст. о Наказ. не заподозрѣвалось сенатомъ; между тѣмъ обманомъ въ строгомъ смыслѣ обусловливается здѣсь не взятіе вещи *in corpore*, а полученіе права на нее вслѣдствіе дачи эквивалента. —

¹⁾ Сенатъ кассировалъ рѣшеніе суда только потому, что нашелъ въ данномъ случаѣ нарушеніе ст. 27 Уст. Угол. Суд., полагая, что признаніе дѣйствительности нарушенія чужаго имущественнаго права должно подлежать предварительному разрѣшенію суда гражданскаго. См. впрочемъ стр. 156 и 157.

Тотъ же взглядъ высказанъ въ рѣшеніи по дѣлу Типикина (V, 352), гдѣ похищеніемъ было признано выманиваніе обманомъ росписки о полученіи денегъ съ намѣреніемъ лишить другихъ лицъ права требовать проданный, но еще не переданный имъ дубъ.

Такимъ образомъ похищеніе въ мошенничествѣ имѣетъ многія особенности; оно не есть тайное, потому что виновный беретъ чужую вещь завѣдомо, гласно для владѣльца или для оберегающаго ее; тѣмъ менѣе оно насильственно, такъ какъ взятіе вещи обусловливается изъявленіемъ согласія со стороны владѣльца, которое не добыто виновнымъ средствами устрашенія; но вмѣстѣ съ тѣмъ его нельзя назвать открытымъ въ смыслѣ грабежа 2-го рода, такъ какъ потерпѣвшій не сознаетъ дѣйствіе берущаго его имущество какъ безправное, полагая, напротивъ, что тотъ беретъ его согласно его доброй волѣ. Этотъ особый характеръ похищенія въ мошенничествѣ выражается обыкновенно словомъ «явное похищеніе», въ самомъ дѣлѣ прекрасно показывающимъ, что со стороны взятіе виновнымъ чужой вещи кажется совершенно согласнымъ съ дѣйствительною волею владѣльца ея, и потому виновный беретъ ее явно, не скрываясь.

ГЛАВА III.

ВНУТРЕННЯЯ СТОРОНА ПРЕСТУПНАГО ДѢЯНІЯ ВЪ МОШЕННИЧЕСТВѢ.

§ 55. Завѣдомость объ искаженіи истины. Желаніе обольстить другаго.—§ 56. Воля направить обманъ на похищеніе.—§ 57. Намѣреніе нарушить чужое имущественное право.—Неосторожное мошенничество юридически не мыслимо.—§ 58. Корыстное намѣреніе и его условія.—Выманиваніе обманомъ своихъ долговыхъ документовъ для истребленія.—§ 59. Въ мошенничествѣ начальные сроки уголовной вѣняемости должны быть отодвинуты далѣе указываемыхъ дѣйствующими узаконеніями по этому вопросу.

§ 55. Мошенничество, какъ и другія преступленія, кромѣ объективныхъ признаковъ нарушенія и внѣшняго дѣйствія, требуетъ опредѣленныя условія на внутренней сторонѣ дѣянія. Онѣ относятся а) къ способу дѣйствія и б) къ преступному послѣдствію.

Оба элемента внѣшняго дѣйствія—обманъ и похищеніе—имѣютъ соотвѣтствующіе имъ оттѣнки во внутренней сторонѣ дѣянія.

Подъ обманомъ понимается только такое искаженіе истины, которое, съ одной стороны, извѣстно виновному какъ несогласное съ истиной; съ другой—которое производится для введенія другаго лица въ заблужденіе. Первый признакъ характеризуется условіемъ завѣдомости; если въ справедливости невѣрнаго заявленія убѣждено лицо, дѣлающее его, оно не лжетъ, а само ошибается; а безъ лжи не возможенъ и обманъ.

Это условіе весьма строго требуется нашимъ законодательствомъ, которое караетъ не ошибку, а обманъ. Прежде, въ полицейскій періодъ мошенничества, видѣли мы, здѣсь допускались самыя широкія предположенія, такъ что если дѣйствіе виновнаго съ внѣшней стороны представлялось обманчивымъ, расходящимся съ дѣйствительностью фактовъ, то во многихъ случаяхъ судъ не былъ обязанъ разсматривать особо наличность завѣдомости; таковы, напр., продажа издѣлій изъ низкопробныхъ благородныхъ металловъ, употребленіе невѣрныхъ мѣръ и вѣсовъ и т. п.

Теперь эти предположенія вовсе не имѣютъ мѣста, такъ что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судъ обязанъ разрѣшить вопросъ, признавалъ ли виновный наличность обмана въ своемъ дѣйствіи, или нѣтъ. Это начало проводится съ такою строгостью, что изъ него не допускается исключенія даже въ случаяхъ, гдѣ система предположеній обыкновенно отпадаетъ позже, чѣмъ во всѣхъ другихъ; такъ завѣдомое употребленіе невѣрныхъ мѣръ и вѣсовъ отличено отъ незавѣдомаго, мошенничество въ золотомъ и серебряномъ дѣлѣ строго противопоставляется наложенію невѣрныхъ пробъ по небрежности (ст. 1175, 1176; 1401, 1402 Улож. о Наказ.)—Но до сихъ поръ существуетъ одно стародавнее предположеніе, ничѣмъ, однако, не оправдываемое; употребленіе неклеименной посуды при продажѣ вина карается какъ мошенничество, хотя бы виновный не зналъ, что эта посуда по своей вмѣстительности отличается отъ настоящей (ст. 1177 Улож.: к. р. IV, 659; V, 415). Съ другой стороны, въ нашемъ законодательствѣ существуетъ и противоположное исключеніе изъ указаннаго правила, предусмотрѣнное ст. 723 Улож. о Наказ.; здѣсь обманъ въ количествѣ безусловно предполагается незавѣдомымъ и подвергаетъ виновнаго лишь незначительнымъ денежнымъ взысканіямъ.

Завѣдомость имѣетъ мѣсто не только когда виновный несомнѣнно сознаетъ свои сообщенія ложными, но также когда онъ, не будучи увѣренъ въ истинности ихъ, категорически выдаетъ ихъ за несомнѣнно истинныя, допуская противное. Необходимо, однако, чтобы онѣ на самомъ дѣлѣ были не согласны съ истинной, такъ какъ въ противномъ случаѣ нѣтъ признака искаженія ея. Поэтому:

А. не зная, что полученная имъ монета есть фальшивая, передаетъ ее другому лицу подъ видомъ настоящей. Здѣсь нѣтъ завѣдомости и потому нѣтъ мошенничества.

А., ошибочно предполагая, что полученная имъ случайно асигнація есть фальшивая, передаетъ ее другому лицу за настоящую. Здѣсь нѣтъ искаженія истины и потому нѣтъ мошенничества¹⁾.

А., сомнѣваясь въ томъ, что находящіеся у него часы золотые, продаетъ ихъ подъ видомъ золотыхъ, допуская противное, что въ

¹⁾ Тотъ же взглядъ признанъ к. р. II, 123.

самомъ дѣлѣ и оказывается. Здѣсь есть завѣдомость и искаженіе истины, необходимы для мошенничества ²⁾).

Ограничивать завѣдомость несомнѣннымъ сознаніемъ лжи нѣтъ никакихъ основаній потому, что въ противномъ случаѣ виновный въ обманѣ могъ бы отговариваться самыми неосновательными сомнѣніями. Съ другой стороны, въ степени основательности сомнѣній, по существу своему зависящей исключительно отъ неумовимыхъ личныхъ качествъ виновнаго, также нельзя искать разграничительной черты между ложью и ошибкою. Остается такимъ образомъ признать завѣдомость, если виновный въ искаженіи истины допускаетъ лживость своихъ утвержденій или дѣйствій.

Необходимость завѣдомости для понятія обмана требуется также всѣми современными иностранными законодательствами и практикою. Для проверки сказаннаго отсылаемъ читателя къ I части этого труда.—Наша судебная практика въ высшей ея инстанціи также очень ревниво охраняетъ это условіе. Такъ, кас. сенатъ въ дѣлѣ Селезнева (V, 146) высказалъ, что признаніе гражданскимъ судомъ факта полученія удовлетворенія по предъявленному вновь основанію не освобождаетъ уголовный судъ отъ обязанности разрѣшить вопросъ, есть-ли въ дѣлѣ внутреннія условія преступленія. Въ дѣлѣ Талантовой (II, 123) завѣдомость указана какъ существенное условіе мошенничества. Въ дѣлѣ Кривоборскаго (III, 419) сенатъ, хотя и не входилъ въ подробное разсмотрѣніе правовыхъ вопросовъ, согласился, однако, съ сѣздомъ, что выдача по недоразумѣнію меньшаго количества за большее не составляетъ обмана.

Въ виду этихъ рѣшеній, подтверждающихъ чрезвычайную важность завѣдомости для состава мошенничества, каждое судебное рѣшеніе и вопросы присяжнымъ должны содержать въ себѣ точное указаніе этого условія, такъ что умолчаніе о немъ въ приговорѣ можетъ представить достаточное основаніе для кассации его. Такой именно взглядъ проводился въ вышеприведенныхъ рѣшеніяхъ к. с., и отъ него сенатъ отступаетъ только въ случаѣ, составляющемъ въ нашемъ законодательствѣ единичное исключеніе изъ общаго правила (ст. 1177 Улож.); такъ, въ дѣйствиіи Бабкова (659), обвиненнаго въ продажѣ вина въ стеклянной неклеименной

²⁾ См. также к. р. II, 123; здѣсь сенатъ требуетъ, чтобъ виновный не могъ не знать о лживости своихъ дѣйствій.

посудѣ, сенатѣ, руководствуясь тѣмъ соображеніемъ, что въ ст. 1177 Улож. о наказ. содержится ссылка на ст. 173 Уст. о наказ., призналъ правильнымъ примѣненіе послѣдней статьи, хотя о знаніи Бабковымъ невѣрности употребляемыхъ имъ мѣръ не было и рѣчи.

Второй признакъ обмана съ субъективной стороны состоитъ въ томъ, что онъ производится для введенія другаго лица въ заблужденіе относительно опредѣленныхъ фактовъ. Поэтому ложь, высказываемая въ шутку съ намѣреніемъ тотчасъ замѣнить ее сообщеніемъ истины, не составляетъ обмана.

Однако, ложь, благодаря завѣдомости ея виновнымъ, даетъ въ этомъ отношеніи достаточно сильное противъ него предположеніе, такъ что какъ скоро фактъ лжи завѣдомой будетъ доказанъ, то *onus probandi* намѣренія ввести другое лицо въ заблужденіе долженъ быть перенесенъ съ обвинителя на обвиняемаго. И если послѣдній успѣетъ доказать, что онъ не имѣлъ намѣренія обмануть опредѣленное лицо, это еще недостаточно для его оправданія; такъ какъ виновность его должна быть признана и въ томъ случаѣ, когда онъ, совершая обманное дѣйствіе, допускалъ лишь, что другое лицо можетъ быть введено имъ въ заблужденіе, и воспользовался или пытался воспользоваться этимъ результатомъ. Обыкновенно въ жизни большая часть случаевъ мошенничества съ субъективной стороны представляется въ формѣ преступнаго безразличія; купецъ подкрашиваетъ свой товаръ, допуская, что покупатель будетъ обманутъ въ его качествѣ; чайный торговецъ невѣрно развѣшиваетъ чай, допуская, что покупатель можетъ не провѣрить вѣса и такимъ образомъ будетъ введенъ въ заблужденіе относительно количества его; всѣ обманы противъ публики, и въ томъ числѣ совершаемые посредствомъ лживыхъ рекламъ или сообщенія завѣдомо невѣрныхъ телеграммъ большею частью представляютъ именно эту форму виновности. Такъ какъ въ этихъ случаяхъ послѣдствіе стоитъ въ причинной связи съ волею виновнаго, то вмѣненіе его въ вину не представляетъ сомнѣній.

§ 56. Другой элементъ способа дѣйствія — похищеніе — также долженъ имѣть соотвѣтствующее выраженіе въ волѣ дѣятеля. Отсюда:

а) ложь должна быть произведена съ волею побудить другое лицо совершить какое либо дѣйствіе или упущеніе. Этотъ признакъ должно отличать отъ желанія ввести другое лицо въ заблу-

жденіе, которое имѣеть мѣсто, хотя бы виновный и не намѣревался побудить обманутаго совершить какое либо дѣйствіе или упушеніе; напр., профессоръ намѣренно искажаетъ историческіе факты, чтобъ возбудить въ своихъ слушателяхъ ошибочное представленіе о какой либо эпохѣ. Ясно, что только въ томъ случаѣ, когда ложь совершается для лишенія другаго лица свободнаго примѣненія распознавательной способности посредствомъ указанія ложныхъ фактическихъ основаній для дѣятельности, она выступаетъ изъ сферы юридическаго безразличія; а пока она направлена лишь на возбужденіе ошибочныхъ представлений, т. е. исключительно на произведеніе послѣдствій сокровенныхъ, не выражающихся во внѣшнемъ дѣйствіи, съ нею имѣеть дѣло только нравственная оцѣнка.

б) Дѣйствіе или упушеніе, къ которому другое лицо побуждается вслѣдствіе искаженія истины, есть передача, уступка чего либо; это послѣдствіе также должно вытекать изъ воли дѣятеля. При чемъ, однако, безразлично, производилъ ли онъ свое дѣйствіе именно съ намѣреніемъ побудить другое лицо къ уступкѣ себѣ чего либо, или допускалъ эту уступку какъ возможное и желаемое послѣдствіе своего дѣйствія.

в) Виновный въ мошенничествѣ долженъ имѣть намѣреніе побудить другое лицо къ уступкѣ обманомъ, уважая повидимому право потерпѣвшаго свободно распоряжаться своими благами. Поэтому если обманъ производится въ намѣреніи облегчить лишь исполненіе такого преступленія, которое стоитъ въ открытомъ разладѣ съ правами потерпѣвшаго, что ему извѣстно при самомъ совершеніи преступленія, то оно выходитъ изъ области мошенничества. Это условіе формулируется двумя положеніями: а) необходимо, чтобъ виновный желалъ получить что либо не самовольно, а вслѣдствіе уступки, произведенной самимъ потерпѣвшимъ, и б) эта уступка, по намѣренію виновнаго, должна быть вызвана ошибочнымъ представленіемъ потерпѣвшаго о правѣ на нее виновнаго, а не насиліемъ, при которомъ потерпѣвшій сознаетъ противозаконность требованія виновнаго. — Стоя такимъ образомъ на почвѣ мнимой законности, правды и злоупотребляя ею для нарушенія чужихъ правъ, мошенникъ — по справедливому замѣчанію Визини — заслуживаетъ тѣмъ болѣе строгое наказаніе, чѣмъ законѣе и справедливѣе повидимому его дѣйствія.

§ 57. Хотя такимъ образомъ отдѣльные элементы способа дѣй-

ствія должны находить себѣ соотвѣтствующее выраженіе въ волѣ дѣателя, но ими одними ограничиваться невозможно. Обманъ при наличности всѣхъ вышеуказанныхъ въ §§ 55 и 56 условій можетъ быть произведенъ для осуществленія своего права, или для нарушенія какихъ либо неимущественныхъ благъ, или исключительно какъ средство поврежденія и истребленія чужаго имущества. Поэтому тѣ законодательства, напр., саксонское 1838 и саксенъ-альтенбургское art. 245 ¹⁾, — редакція которыхъ ограничиваетъ требованіе извѣстнаго направленія воли дѣателя исключительно способомъ дѣйствія, не могутъ быть одобрены.

Послѣдствіе въ мошенничествѣ представляется какъ имущественная потеря на одной и пріобрѣтеніе имущественной прибыли другою стороною.

А. Причиненіе имущественнаго ущерба должно быть умысленнымъ, т. е. дѣатель долженъ сознавать свое дѣйствіе какъ правонарушительное и производить его, не смотря на такое сознаніе. Дѣатели германской литературы долго спорили о неосторожномъ обманѣ и возможности его. Послѣдняя, конечно, несомнѣнна; виновный можетъ нарушить чужое имущественное право обманомъ, не сознавая и не желая этого, при чемъ все равно, сознаетъ ли онъ лживость своего дѣйствія или нѣтъ; напр., по небрежности можно продать гороховую муку за пшеничную, завѣдомая ложь безъ всякаго о томъ знанія и желанія виновнаго можетъ побудить потерпѣвшаго совершить дѣйствіе, причиняющее вредъ его имуществу. Но фактическая возможность случаевъ этого рода еще не говоритъ ничего въ пользу наказуемости ихъ, такъ какъ вредъ на сторонѣ потерпѣвшаго здѣсь стоитъ въ причинной связи не съ волею виновнаго, а лишь съ возможностью предвидѣнія его; обязанность же дѣйствовать предусмотрительно и предвидѣть возможные послѣдствія своего дѣйствія законодатель можетъ ставить подъ уголовную охрану только въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный нарушаетъ наиболее важныя для государства отношенія, которыми не признаются отношенія имущественныя.

Правило это признается Улож. о нак. (ст. 110). Но Уст. о наказ. въ ст. 9 подрываетъ его, предоставивъ мировому судѣ право на-

¹⁾ «Кто завѣдомо выдаетъ ложные факты за истинные, или скрываетъ или умалчиваетъ объ истинныхъ фактахъ въ такихъ отношеніяхъ, въ которыхъ онъ юридически обязанъ сообщать истину, или кто завѣдомо пользуется такими дѣйствіями другихъ и этимъ причиняетъ вредъ другому лицу, или доставляетъ себѣ или другимъ лицамъ недозволенную выгоду.»

казывать ее во всѣхъ случаяхъ, гдѣ неосторожность не обложена наказаніемъ въ особенной части. Однако мы думаемъ, что такое дозволеніе на самомъ дѣлѣ не слѣдуетъ понимать въ черезъ-чуръ широкомъ смыслѣ, такъ какъ границы его предлагаются составомъ отдѣльныхъ преступленій. Тамъ, гдѣ преступленіе мыслимо какъ при намѣренности, такъ и при неосторожности, очевидно ст. 9 Уст. должна имѣть полное примѣненіе; таковы, напр., истребленіе и поврежденіе чужаго имущества, потравы, самовольныя порубки и т. под. Но если въ составъ преступленія умышленность входитъ какъ необходимый признакъ, то очевидно при отсутствіи его объ этомъ преступленіи не можетъ быть рѣчи: изъ запрещеннаго дѣйствіе превращается въ незапрещенное уголовнымъ закономъ. И такъ какъ для кражи, мошенничества и утайки намѣреніе есть необходимая принадлежность состава, условіе существованія этихъ понятій, а не только условіе наказуемости ихъ, то о кражѣ, мошенничествѣ или утайкѣ безъ намѣренія говорить не возможно: иначе намъ придется воротиться къ знаменитой схоластической рубрикѣ *quasi-delictum* овъ и признать, что преступленіе имѣетъ мѣсто даже при отсутствіи одной изъ необходимыхъ составныхъ частей его. Противъ этого взгляда могутъ возразить буквальнымъ смысломъ ст. 9 Уст. о наказ.; однако мы не видимъ въ немъ настолько убѣдительности, чтобъ отказаться отъ этого начала. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 9 Уст. говоритъ: «За проступки, совершенные безъ намѣренія»; слѣд. для наказуемости во всякомъ случаѣ требуется, чтобы дѣйствіе виновнаго составляло проступокъ въ смыслѣ уголовного закона; а онъ не имѣетъ мѣста при отсутствіи одной изъ необходимыхъ составныхъ частей его.

Въ нашей судебной практикѣ, сколько я знаю, не представлялось случаевъ неосторожнаго мошенничества; но относительно утайки она, къ сожалѣнію, проводитъ иной взглядъ въ дѣлахъ Іевлева (к. р. IV, 507) и Филиппова (III, 772), возвращаясь къ вѣрному началу въ дѣлѣ Тимофѣева (III, 990). Впрочемъ, вопросъ о неосторожной утайкѣ не подвергался подробному разсмотрѣнію кас. сената. Въ мошенничествѣ же имъ признана необходимость «злаго, преступнаго намѣренія завладѣть чужимъ имуществомъ, которое бы наглядно проявилось во внѣшнемъ дѣйствіи» (II, 153); въ дѣлѣ Когановича онъ проводитъ тоже начало, замѣчая, что удержаніе документа составляетъ преступленіе лишь въ томъ случаѣ, когда причиною его было доказанное обстоятель-

ствами дѣла намѣреніе вновь потребовать уплаченное и когда это намѣреніе выразилось уже предъявленіемъ документа ко взысканію (IV, 180). Вмѣстѣ съ тѣмъ и въ практикѣ судовъ по существу замѣчается стремленіе освободить отъ наказанія обвиняемаго въ мошенничествѣ, какъ скоро будетъ признано, что онъ дѣйствовалъ безъ намѣренія; таково, напр., рѣшеніе Владимірскаго мир. судьи и съѣзда по дѣлу Протасьева (к. р. III, 801).

Намѣреніе нарушить чужое имущественное право въ вышеуказ. смыслѣ характеризуется ближе слѣдующими признаками:

а) Оно должно быть направлено на матеріальное измѣненіе въ имущественной сферѣ другаго лица, а не только на формальное ея измѣненіе. Признакъ этотъ особенно важенъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возвратъ получаемаго отъ потерпѣвшаго имущества обеспечивается мнимымъ обезпеченіемъ; если въ случаяхъ этого рода намѣреніе виновнаго завладѣть имуществомъ безъ возврата не будетъ установлено, то одинъ обманъ, вызвавшій передачу имущества, недостаточенъ для состава мошенничества. На томъ же основаніи такъ наз. кредитные обманы, т. е. обманное выманиваніе отсрочки исполненія по документу или по судебному рѣшенію, не могутъ быть включаемы въ мошенничество, если только при этомъ не выманивается обманомъ сбавка процентовъ и т. под.

б) Намѣреніе нарушить чужое имущественное право не имѣетъ мѣста, если виновный—хотя и ошибочно—полагаетъ, что его дѣйствіе въ дѣйствительности одобряется и дозволяется владѣльцемъ похищаемаго имущества или того лица, которое имѣетъ на него опредѣленное право. Напр., повѣренный А. выманиваетъ у Б. его долгъ А. и пересылаетъ по принадлежности. Границу преступнаго и не преступнаго въ этомъ отношеніи нельзя видѣть въ томъ, на сколько были основательны соображенія, въ силу которыхъ виновный предполагалъ дѣйствительное согласіе лица потерпѣвшаго на нарушеніе его имущественной сферы; такъ какъ степень основательности ихъ можетъ быть обсуживаема лишь по внѣшнимъ мѣркамъ, которыхъ виновный могъ неимѣть въ виду. Но 1) согласіе владѣльца на нарушеніе его права, устраняющее преступное намѣреніе, должно быть согласіемъ дѣйствительнымъ, а не вызваннымъ обманомъ; 2) отъ ошибочнаго мнѣнія о наличности согласія должно отличать предположеніе, что потер-

пѣвшій не будетъ въ претензіи за нарушеніе его имущества; послѣднее отнюдь не устраняетъ преступности.

в) Въ тѣхъ видахъ мошенничества, при которыхъ потерпѣвшій получаетъ эквивалентъ за выдаваемое имущество, правонарушительное намѣреніе не имѣетъ мѣста, когда виновный не знаетъ, что его эквивалентъ не имѣетъ тѣхъ признаковъ, которыя онъ ему приписываетъ.

г) Намѣреніе нарушить чужое имущество не имѣетъ мѣста, когда виновный совершаетъ мошенническое дѣйствіе для осуществленія своего права, хотя бы послѣднее въ дѣйствительности не существовало; необходимо только, чтобъ онъ считалъ его существующимъ. Здѣсь наша практика — видѣли мы — признаетъ лишь самоуправство.

д) Легкомысліе, съ одной стороны, и безразличіе съ другой не исключаютъ преступнаго намѣренія. Первое свидѣтельствуетъ лишь, что виновный недостаточно ясно понимаетъ преступность нарушенія чужаго имущества обманомъ, такъ какъ онъ пользуется результатами легкомысленно высказанной имъ лжи. Въ примѣненіи къ утайкѣ это признано и к. р. по дѣлу Іевлева (IV, 507). Второе допускаетъ нарушеніе чужаго имущественнаго права какъ возможное послѣдствіе того дѣйствія, которое предпринимается въ виду его; такъ что нарушеніе чужаго имущества представляется здѣсь какъ ожидаемое и волимое.

г) Во всякомъ случаѣ необходимо, однако, чтобъ виновный сознавалъ нарушеніе чужаго имущества какъ результатъ своего дѣйствія. Благодаря отсутствію этого признака, между прочимъ такъ назыв. отрицательный обманъ — видѣли мы — не можетъ быть признанъ достаточнымъ для мошенничества.

§ 58. Б) Другой элементъ послѣдствія мошенничества есть полученіе виновнымъ противозаконной имущественной прибыли въ смыслѣ овладѣнія чужимъ имуществомъ, полученія надъ нимъ господства; соотвѣтствующее ему намѣреніе носить не вполне точное названіе корыстнаго намѣренія. По общему правилу законъ юридическій можетъ ограждать лишь неприкосновенность правъ и, въ случаѣ нужды, карать исключительно правонарушенія; отсюда, повидимому, слѣдуетъ заключить, что строгость наказанія должна опредѣляться только важностью нарушеннаго права и способомъ дѣйствія. Побужденіе, изъ за котораго дѣйствуетъ преступникъ, должно быть повидимому совершенно игно-

рировано закономъ. И въ самомъ дѣлѣ, это начало довольно строго проводится во всѣхъ преступленіяхъ кромѣ имущественныхъ; хотя законъ и придаетъ иногда значеніе тому особому побужденію ¹⁾, въ виду котораго дѣйствовалъ преступникъ, но обыкновенно это значеніе не распространяется за предѣлы высшей или низшей мѣры наказанія и во всякомъ случаѣ такое особое побужденіе составляетъ лишь обстоятельство, опредѣляющее величину наказанія, а не примѣненіе или непримѣненіе его.

Однако, въ преступленіяхъ имущественныхъ всѣ безъ исключенія законодательства европейской семьи отступаютъ отъ этого начала. Здѣсь голому намѣренію нарушить чужое имущественное право, не сопровождающемуся другими побужденіями, онѣ не рѣшаются придавать значеніе условія уголовной кары; такъ истребленіе и поврежденіе чужаго имущества, за рѣдкими исключеніями, подлежатъ уголовному правосудію только въ такомъ случаѣ, когда оно вызвано злобою, ненавистью и другими отталкивающими мотивами или когда при этомъ нарушены особыя отношенія довѣрія; уголовноюридическое значеніе присвоенія имущества также ограничивается случаями, составляющими нарушеніе особаго довѣрія потерпѣвшаго къ виновному. Но наиболѣе важное для юриста побужденіе, обращающее на себя вниманіе законодателя въ этой области съ самыхъ отдаленныхъ временъ, есть корыстное намѣреніе лица. Римское законодательство останавливалось на немъ съ особою внимательностью; почти совершенно игнорируя способъ дѣйствія, оно относило къ *furtum* всякое взятіе чужаго имущества съ корыстнымъ намѣреніемъ (*animus lucri faciendi*) ²⁾. Тоже со временъ стародавнихъ и до нашихъ дней замѣчается и въ русскомъ правѣ, съ тѣмъ лишь различіемъ, что послѣднее придавало способу дѣйствія гораздо болѣе важное значеніе. Памятникъ царя Алексѣя Михайловича знаетъ въ ряду имущественныхъ уголовныхъ преступленій только кражу, мошенничество и разбой; всѣ они характеризуются корыстнымъ намѣреніемъ. Нѣмецкое вліяніе отнесло у насъ въ рубрику преступленій и другія нарушенія имущественныхъ правъ, но все же нарушенія, отбѣненныя корыстнымъ намѣреніемъ, занимаютъ въ ряду ихъ важ-

¹⁾ Haus, *droit pénal belge*, 1869 №№ 253—255, довольно мѣтко называетъ его «особеннымъ умысломъ» (*dol special*) въ противоположность общему умыслу (*dol général*), удовлетворяющемуся намѣреніемъ совершить опредѣленное правонарушеніе.

²⁾ См. часть I стр. 92; Ullmann, в. с. стр. 16.

ное значеніе и даже выдѣляются изъ прочихъ видовъ. Достаточно припомнить, что въ силу ст. 181 Уст. о наказ. лица привилегированныя только въ случаяхъ этого рода подвергаются лишенію привилегированнаго состоянія, такъ какъ законъ признавалъ ихъ «несогласными съ чувствомъ чести»¹⁾; что только въ этихъ случаяхъ рецидиву придается въ высшей степени колоссальное значеніе; что вообще корыстные преступленія въ системѣ преступленій противъ имущества господствуютъ надъ всѣми другими.

Эта упорная настойчивость законодательства обязываетъ исследователя войти въ болѣе подробный анализъ корыстнаго намеренія и постараться подмѣтить, какими своими сторонами оно обязано законодательнымъ къ себѣ вниманіемъ.

Прежде всего бросается въ глаза, что не всякое нарушеніе имущественнаго права съ корыстнымъ мотивомъ относится къ рубрикѣ корыстныхъ имущественныхъ преступленій. Петръ убиваетъ корову Андрея за вознагражденіе, которое ему далъ Иванъ, желавшій насолить Андрею убійствомъ его коровы. Хотя Петръ дѣйствуетъ изъ-за вознагражденія, слѣд. изъ-за корыстнаго побужденія, но его дѣйствіе все таки будетъ обсуживаться какъ истребленіе чужаго имущества, а не какъ кража, мошенничество или присвоеніе.

Наоборотъ, дѣйствіе невыходитъ изъ области корыстныхъ имущественныхъ преступленій даже въ томъ случаѣ, хотя бы въ данномъ случаѣ было несомнѣнно доказано, что виновный дѣйствовалъ не для личной имущественной выгоды, а руководился бы другими болѣе высшими соображеніями. Петръ крадетъ имущество Андрея для того, чтобъ раздать его нищимъ; все таки Петръ признается виновнымъ въ кражѣ.

Отсюда открывается, что корыстное побужденіе нельзя признавать знаменемъ, обнимающимъ всѣ такъ наз. корыстные имущественныя преступленія. Общій имъ признакъ—какъ и подобаетъ существу юридическихъ отношеній—имѣетъ болѣе внѣшній, болѣе такъ сказ. осязаемый характеръ. Корысть на языкѣ юридическомъ означаетъ не сокровенный мотивъ дѣятельности для соб-

¹⁾ Мотивы къ ст. 181: «Постановленныя въ ст. 169—177 сего устава наказанія... оказываются достаточнымъ только для людей низшихъ сословій, но неудобно распространять силу этихъ статей на дворянъ и лицъ другихъ привилегированныхъ классовъ, которые, запятнавъ себя преступленіемъ, совершенно несогласнымъ съ чувствомъ чести, необходимо должны быть лишены принадлежащихъ имъ по состоянію особыхъ правъ и преимуществъ».

ственного обогащенія, а намѣреніе, нарушивъ чужое имущественное право, самому овладѣть имъ, включить его въ сферу своихъ цѣнностей, хотя бы на одинъ моментъ. Она требуетъ такимъ образомъ, чтобы потеря на одной сторонѣ представлялась прибылью на другой; чтобы эта прибыль имѣла характеръ полученія господства надъ чужимъ имуществомъ, хотя бы не для личной выгоды виновнаго. Взглядъ этотъ въ высшей степени мѣтко выражается русскимъ законодательствомъ; съ нимъ въ этомъ отношеніи могутъ поспорить лишь англо-американское и французское права. Термины «похитить», «украсть», «выманить», «отнять» совершенно точно обозначаютъ перемѣщеніе имущественныхъ цѣнностей изъ обладанія потерпѣвшаго въ обладаніе виновнаго ¹⁾. —

Характеръ ея опредѣляется ближе слѣдующими признаками:

а) Безразлично — какъ мы видѣли — желалъ ли виновный оставить похищаемую вещь у себя или нѣтъ; достаточно, если онъ стремился получить надъ нею господство; этого признака нельзя отрицать и въ томъ случаѣ, когда виновный обманомъ побуждаетъ другое лицо произвести затраты на свое имущество, которыми и пользуется; по этому к. р. IV, 813 по дѣлу Зубова не можетъ быть признано вѣрнымъ. Здѣсь виновный выманилъ и получилъ въ обладаніе результаты затратъ другаго лица, и дѣло не измѣняется отъ того, что выманенное имущество пошло на улучшеніе дома виновнаго, а не передано ему изъ рукъ въ руки. Практикою кас. сената также признано, что для наличности корыстнаго намѣренія совершенно безразлично, совершено ли дѣйствіе для доставленія господства надъ вещью самому виновному, или — посредствомъ его — другому лицу. Такъ въ к. р. III, 276 покушеніе на обвѣсъ товаромъ изъ лавки жены виновнаго наказано по 173 ст. Уст. о Наказ.

б) Корысть не имѣетъ мѣста, когда данный виновнымъ эквивалентъ соотвѣтствуетъ или считается имъ за соотвѣтствующій цѣнности имущества, передаваемого ему потерпѣвшимъ. Объ этомъ мы уже говорили въ гл. I.

¹⁾ Обыкновенно (Спасовичъ, Ullmann) наше право упрекаютъ въ томъ, что оно не говоритъ отдѣльно о корыстномъ намѣреніи въ кражѣ; но послѣднее разумѣется само собою въ дѣйствіи, направленномъ на противозаконное полученіе обладанія чужимъ имуществомъ, и потому редакторы Улож. справедливо признали лишнимъ говорить о немъ особо; недостатокъ его — въ недостаточно послѣдовательномъ проведеніи смысла этого термина.

в) Намѣреніе истребить или повредить выманиваемое имущество исключаетъ намѣреніе получить надъ нимъ господство ¹⁾. Поэтому выманиваніе имущества для истребленія его есть проступокъ истребленія или поврежденія чужаго имущества, хотя бы виновный истребилъ его не немедленно послѣ взятія. Поэтому же взятіе имущества обманомъ для истребленія не превращается въ мошенничество, если затѣмъ виновный перемѣнилъ свое намѣреніе въ корыстное; здѣсь по большей мѣрѣ можно признать утайку или растрату чужаго имущества.

г) Болѣе спорнымъ представляется случай выманиванія обманомъ собственной долговой росписки для уничтоженія ея. Рассматриваемый со стороны логической, онъ, конечно, не представляетъ затрудненій и долженъ быть отнесенъ къ мошенничеству, если только виновный не ограничиваясь выманиваніемъ средствъ доказательствъ (§ 21), выманиваетъ чужое долговое имущество. Недоразумѣнія возникаютъ лишь относительно той квалификаціи, которая должна быть придана ему въ виду положительныхъ опредѣленій нашего законодательства.

Объ истребленіи документовъ, на сколько оно имѣетъ отношеніе къ имущественнымъ преступленіямъ, существуютъ двѣ спеціальныя статьи Улож.: 1622 и 1657. Первая къ рассматриваемому случаю примѣнена быть не можетъ, такъ какъ мы предполагаемъ, что виновный дѣйствуетъ «для доставленія себѣ или кому другому противузаконной выгоды». Что же касается ст. 1657, то въ пользу примѣненія ея къ истребленію документовъ, полученныхъ посредствомъ обмана, говорятъ слѣдующія соображенія:

ссылка ст. 1622 на ст. 1657 во всѣхъ случаяхъ истребленія документовъ съ намѣреніемъ извлечь противозаконную изъ того выгоду;

употребленіе ст. 1657 общаго термина «кто похититъ», обвиняющаго и мошенническое похищеніе;

проходящая во всемъ нашемъ законодательствѣ идея необходимости болѣе строгаго охраненія документовъ, чѣмъ всякаго другаго имущества.

Однако, противъ примѣненія ст. 1657 говорятъ болѣе серьезныя соображенія. Такъ:

ссылка ст. 1622 на ст. 1657, по точному смыслу ея, относится только къ «истребленію или поврежденію чужихъ актовъ и документовъ», а не къ мошенническому выманиванію ихъ;

¹⁾ Egidy, das Verbrechen des Diebstahls, § 12.

хотя ст. 1657 говоритъ о похищеніи вообще, но систематическое положеніе ея въ главѣ о кражѣ, по началамъ юридическаго толкованія, свидѣтельствуесть, что здѣсь разумѣлось только то похищеніе, которое носитъ характеристическіе признаки кражи;

несомнѣнно, что въ нашемъ законодательствѣ замѣтно стремленіе ограждать документы болѣе строго, чѣмъ другіе виды имущества. Но для судьи примѣненіе болѣе строгой кары за нарушеніе ихъ обязательно лишь въ случаяхъ, точно указанныхъ закономъ; какъ исключеніе изъ общаго правила, они должны подлежать толкованію ограничительному. Принявъ иное начало, слѣдовало бы требовать увеличеніе наказуемости по аналогіи и за разбойническое или грабительское похищеніе документовъ, что очевидно, не имѣетъ правильнаго основанія. Въ концѣ концовъ оказывается, что редакція ст. 1657 Улож. въ высшей степени не удовлетворительна—ее слѣдуетъ ограничить тайнымъ похищеніемъ документовъ и отнести истребленіе ихъ къ разряду квалифицированныхъ видовъ истребленія, а еще лучше совершенно выбросить похищеніе документовъ какъ особый видъ кражи; съ другой стороны—что къ случаямъ обманнаго выманиванія долговыхъ документовъ для истребленія могутъ быть примѣняемы общія постановленія о мошенничествѣ.

Въ нашей судебной практикѣ встрѣчались примѣры, впрочемъ, очень рѣдкіе, когда обманное выманиваніе росписки для истребленія подводилось подъ 1622 (напр. к. р. Ш, 452) или 1657 ст. улож. Но защищаемый нами взглядъ встрѣчается гораздо чаще и признанъ кассационнымъ сенатомъ въ рѣшеніяхъ 1869 за №№ 144, 322 и 452. Правда, признаніе мошенничества въ первыхъ двухъ рѣшеніяхъ не имѣетъ правильнаго основанія, благодаря отсутствію обмана въ опредѣленныхъ фактическихъ обстоятельствахъ, но это уже другой вопросъ.

д) Само собою разумѣется, что противозаконное корыстное побужденіе отпадаетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствіе виновнаго не представляетъ намѣренія преступнаго нарушенія чужаго имущественнаго права, напр. когда виновный ошибочно думаетъ что онъ осуществляетъ обманомъ принадлежащее ему относительно даннаго лица право, или вообще дѣйствуетъ въ предѣлахъ своего полномочія и т. под. — Наконецъ

е) корыстное намѣреніе можетъ быть признано въ наличности только въ такомъ случаѣ, когда выманиваемое имущественное

право имѣть какую либо самостоятельную имущественную цѣнность, хотя не требуется необходимо, чтобъ это была т. наз. рыночная цѣнность; достаточно, чтобъ оно могло подлежать денежной оцѣнкѣ на тѣ знаки, которые находятся въ оборотѣ. Поэтому, напр., выманиваніе права охоты обманомъ не лишено условія корыстнаго намѣренія.

Изъ вышеизложеннаго слѣдуетъ, что корыстью въ уголовно юридическомъ смыслѣ признается намѣреніе, изъявъ имущество изъ обладанія собственника, стать самому господиномъ его. Этотъ характеръ его показываетъ и тѣ причины, въ силу которыхъ оно обращаетъ на себя особое вниманіе законодательства.

Стремленіе получить господство надъ чужою вещью, очевидно, представляетъ собою плюсъ, не входящій въ понятіе нарушенія его. Этотъ плюсъ состоитъ именно въ томъ, что виновный подъ охраною закона, злоупотребляя имъ, увеличиваетъ сумму своихъ имущественныхъ цѣнностей.

Съ другой стороны, по самому характеру своему, по заманчивости полученія господства надъ чужимъ добромъ, преступленія этого рода наталкиваютъ на рецидивъ. Замѣчательно, что усиленная наказуемость повторенія въ исторіи уголовного права начинается съ простѣйшаго вида корыстныхъ имущественныхъ преступленій—кражи. Это общее явленіе повторилось и на русскомъ правѣ. И между тѣмъ какъ стремленіемъ получить господство надъ чужимъ имуществомъ корыстные преступленія напоминаютъ отчасти тѣ виды истребленія, которыя производятся за какое либо вознагражденіе, онѣ рѣзко отличаются отъ послѣднихъ удобствомъ къ повторенію; поводы кражи представляются часто, между тѣмъ какъ ожидать лицо, которое согласится дать вознагражденіе за истребленіе чужаго имущества, то же, что по русской пословицѣ «сидѣть у моря и ждать погоды». И вотъ, такая заманчивость и удобство повторенія составляютъ второй мотивъ, въ силу котораго законодательства даютъ корыстнымъ имущественнымъ преступленіямъ первенствующее значеніе.

Отсюда слѣдуетъ, что обманъ какъ средство истребленія или поврежденія чужаго имущества не долженъ быть смѣшиваемъ съ мошенничествомъ и если напр., виновный выманилъ обманомъ чужое имущество для истребленія, то къ нему не могутъ быть примѣнены начала о мошенничествѣ, хотя бы даже впослѣдствіи онъ измѣнилъ свое намѣреніе и обратилъ похищенное имуще-

ство въ свою пользу. Въ самомъ дѣлѣ, это послѣднее намѣреніе возникло уже послѣ совершенія преступнаго дѣйствія и потому не можетъ оказывать вліянія на составъ его.

Но изъ указаннаго характера корысти ясно также, что она можетъ имѣть мѣсто только при нарушеніи чужаго имущественнаго права, въ связи съ нимъ. Намѣреніе получить выгоду безъ нарушенія чужаго имущественнаго права, поэтому, не можетъ быть достаточнымъ основаніемъ для примѣненія карательной дѣятельности, хотя бы даже намѣренная выгода была недозволенной или противозаконной. Вотъ почему, какъ мы показали уже въ другомъ мѣстѣ, не могутъ быть одобрены тѣ законодательства, которыя для состава мошенничества требуютъ или намѣреніе нарушить чужое имущественное право, или намѣреніе получить противозаконную выгоду.

Наша практика, согласно точному смыслу дѣйствующаго законодательства, требуетъ корыстное намѣреніе совместно съ намѣреніемъ нарушить чужое имущественное право; таковы кк. рр. II, 153, въ которомъ требуется преступное намѣреніе завладѣть чужимъ имуществомъ; IV, 915 по дѣлу Ерушенковой, изъ котораго слѣдуетъ заключить, что по взгляду сената невозвращеніе обезпеченія при полной уплатѣ долга должно быть признано лишь самоуправствомъ, если оно сдѣлано не съ намѣреніемъ присвоенія, а только для оставленія его въ обезпеченіе уплаты другаго долга зятю обвиняемаго, и др. Исключенія могутъ быть допущены лишь въ случаяхъ: п. 5 ст. 174 Уст. о Наказ., гдѣ не требуется имущественная, а всякая противозаконная выгода;

ч. 2 ст. 1177 Улож., которая примѣняется и тогда, когда употребляемые виновнымъ неклеименные мѣры не меньше клейменныхъ;

и 2 ч. ст. 518 Улож. о Наказ.

О ст. 1689 Улож. см. отдѣленіе II.

§ 59. Уже изъ представленныхъ соображеній открывается, что составъ мошенничества очень сложенъ; разборъ причинной связи въ немъ еще болѣе подтвердить эту мысль. На основаніи этого, мы позволяемъ себѣ потребовать, чтобы сроки уголовной невмѣняемости въ мошенничествѣ были продолжены болѣе, чѣмъ въ другихъ преступленіяхъ.

Въ самомъ дѣлѣ, хотя человѣкъ обыкновенно сознаетъ пре-

ступность имущественныхъ нарушеній раньше другихъ, но это справедливо только относительно самыхъ простыхъ формъ этихъ нарушеній, къ которымъ невозможно причислить мошенничество. Предметъ его не представляетъ той наглядности «чужаго», того очевиднаго требованія не нарушать его, какъ предметъ кражи. Способъ дѣйствія предполагаетъ въ виновникѣ серьезное развитіе сознанія удерживаться отъ лжи и созрѣвшую уже способность отличать вѣрное отъ ложнаго; нерѣдко на сторонѣ его судъ предполагаетъ полное знаніе тѣхъ выводовъ, которые необходимо сдѣлать изъ его дѣйствія въ виду вступленія въ опредѣленные отношенія; предполагаетъ, напр., что виновный, вступая въ сдѣлку, знаетъ составныя части ея, которыя онъ утверждаетъ, не высказывая, голымъ фактомъ предложенія сдѣлки. Субъективная сторона мошенничества также требуетъ отъ виновнаго извѣстной зрѣлости понятій; это коренится въ сложности способа дѣйствія его.

Правда, уже трудность выполненія многихъ видовъ мошенничества гарантируетъ несовершеннолѣтнихъ отъ преслѣдованія за нихъ. Но это не освобождаетъ законодателя оградить и тѣхъ несовершеннолѣтнихъ, которые рѣшились совершить это преступленіе; тѣмъ болѣе, что уже въ силу своей недостаточной житейской опытности они не представляютъ той опасности для имущественныхъ отношеній, которая справедливо признается въ мошенничествѣ, выполняемомъ совершеннолѣтними.

Срокъ уголовной невмѣняемости здѣсь мы полагаемъ продолжить съ 10 до 14 лѣтъ; причемъ до 21 года за судомъ должно быть признано право объявлять подсудимаго дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія, а до 25 — безъ полного разумѣнія. 21-лѣтній срокъ мы выбираемъ какъ срокъ гражданскаго совершеннолѣтія, которое должно имѣть мѣсто и въ мошенничествѣ, требующемъ нерѣдко точнаго знанія юридическаго характера договоровъ. 25-лѣтній срокъ — политическое совершеннолѣтіе — справедливо признать такимъ, до котораго самъ законодатель не довѣряетъ полной зрѣлости лица и внимательной вдумчивости его въ свои дѣйствія; — его, какъ мы видѣли, выдвигало и римское право (часть I стр. 105), между тѣмъ въ Римѣ человекъ и физически, и юридически созрѣвалъ раньше, чѣмъ въ Россіи.

ГЛАВА IV.

ПРИЧИННАЯ СВЯЗЬ.

§ 60. Элементы причинной связи въ мошенничествѣ. — § 61. Дѣйствіе виновнаго должно искаженіемъ истины побудить обманутаго къ какому либо акту распоряженія его имуществомъ. — § 62. Бездѣйствія, какъ самостоятельной формы совершенія преступныхъ нарушеній, не существуетъ. — § 63. Обманъ мошенничества, требуя побужденіе обманываемаго къ совершенію какого либо дѣйствія, предполагаетъ положительную дѣятельность; если же иногда умолчаніе объ истинѣ оказывается пригодною формою его, то только потому, что въ такихъ случаяхъ она представляетъ всѣ условія положительнаго дѣйствія. — § 64. Хотя необходимо, чтобъ обманъ мошенничества направлялся на обольщеніе другаго лица, но наличность дѣйствительнаго обольщенія (состояніе ошибки) для состава его не требуется. — § 65. О соотношеніи между дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ обманутаго и правонарушительнымъ результатомъ. Неправильные гражданскіе иски. — § 66. О соотвѣтствіи между обманутымъ и потерпѣвшимъ. — § 67. О соотвѣтствіи между имущественной потерей на сторонѣ потерпѣвшаго и имущественной прибылью на сторонѣ виновнаго.

§ 60. Признаніе, что опредѣленное преступное послѣдствіе произошло по винѣ лица, есть утвержденіе наличности причинной связи послѣдствія 1) съ волею виновника и 2) съ дѣйствіемъ его (*imputatio juris*, — *imp. facti*). Мы уже разсмотрѣли первый элементъ вмѣненія и видѣли, что преступное послѣдствіе въ мошенничествѣ должно имѣть свою причину въ знаніи и волѣ дѣятеля. Переходимъ къ второму.

Вопросъ о соотношеніи внутренней и внѣшней причинной связи, *imput. juris* и *imput. facti*, до сихъ поръ не нашель себѣ удовлетворительнаго рѣшенія въ трудахъ криминалистовъ. Обыкновенно необходимость опредѣленнаго соотношенія между ними совершенно игнорируется; оттого-то нерѣдко говорятъ о причинной связи съ послѣдствіемъ такихъ дѣйствій, въ которыхъ вовсе нельзя видѣть внутреннюю причину его, подвергая дѣятеля отвѣтственности какъ скоро, въ какой бы то ни было моментъ, на его сторонѣ явятся и внутреннія условія преступности. Здѣсь, конечно, есть причинная связь, но чисто внѣшняя, не имѣющая

ровно никакого значенія для юридической оцѣнки дѣйствія. О причинахъ же въ юридическомъ смыслѣ можетъ быть рѣчь только тогда, когда онѣ и съ внутренней стороны представляли условія преступности; всѣ остальные, хотя бы онѣ состояли въ человѣческихъ дѣйствіяхъ, безразличны съ точки зрѣнія уголовного права и не могутъ получать юридическаго значенія вслѣдствіе обстоятельствъ, начавшихъ свое существованіе послѣ возникновенія ихъ. Согласно сказанному, мы во всемъ послѣдующемъ изложеніи понимаемъ подъ причинами тѣ только дѣйствія человека, которыя стоятъ съ послѣдствіемъ не только во внѣшней, но и во внутренней причинной связи.

Болѣе сложный, чѣмъ въ другихъ преступленіяхъ, такъ какъ послѣдствіе мошенничества происходитъ полученіемъ согласія потерпѣвшаго на уступку его имущества и, слѣд., предполагаетъ посредствующія интеллектуальныя силы, направленные на произведеніе его, вопросъ причинной связи въ мошенничествѣ распадается на четыре отдѣльные вопроса, изъ которыхъ каждый обнимаетъ одинъ изъ необходимыхъ составныхъ его элементовъ, а именно: 1) о причинной связи между дѣйствіемъ виновнаго и дѣйствіемъ обманутаго; 2) объ отношеніи обманутаго къ потерпѣвшему; 3) о соотношеніи между дѣйствіемъ обманутаго и правонарушительнымъ результатомъ и 4) о соотвѣтствіи имущественной потери на одной съ имущественною прибылью на другой сторонѣ. Разсмотримъ каждый изъ нихъ въ отдѣльности.

§ 61. Дѣйствіе виновнаго только въ такомъ случаѣ можетъ быть признано причиною дѣйствія потерпѣвшаго, когда оно побуждаетъ его совершить какое либо дѣйствіе или упущеніе. Напротивъ, когда вслѣдствіе дѣятельности виновнаго потерпѣвшій только не удержался отъ какого либо дѣйствія или упущенія, которое онъ хотѣлъ совершить безъ всякаго вліянія виновнаго, то хотя иногда и можетъ быть рѣчь о причинной связи дѣйствія виновнаго (позднѣйшаго) съ послѣдствіемъ, но не съ дѣйствіемъ потерпѣвшаго.

Признакъ побужденія (*Verleitung*) какъ условіе мошенничества указанъ впервые баварскимъ уложеніемъ 1813 и развитъ подробно примѣчаніями къ нему и статьями Кукумуса. Но мы принимаемъ его не въ томъ смыслѣ, который былъ извѣстенъ Фейербаху и благодаря которому противъ него возстала вся германская юридическая литература новѣйшаго времени. По Фей-

ербаху, для преступности обмана необходимо, чтобъ онъ представлялъ побужденіе для заключенія цѣльной сдѣлки, къ дачѣ обязательства въ смыслѣ ст. 1688 нашего Уложенія; поэтому обманы при исполненіи обязательствъ за рѣдкими специально-указанными въ законѣ исключеніями выдѣлялись отсюда. Это ограниченіе не имѣетъ ни логическихъ, ни бытовыхъ основъ; съ одной стороны, преступность обмана не зависитъ отъ того, нарушается ли имъ имущественное право потерпѣвшаго раньше или позже, при заключеніи или при исполненіи договоровъ; съ другой — общественная опасность обмана не измѣняется съ измѣненіемъ моментовъ выполненія его. Остается такимъ образомъ признать достаточнымъ всякій обманъ, который составляетъ побужденіе для какого бы то ни было правонарушительнаго дѣйствія или упущенія потерпѣвшаго.

Побужденіемъ въ указанномъ смыслѣ онъ можетъ быть признанъ:

а) Когда обманъ производится раньше дѣйствія или упущенія потерпѣвшаго. Поэтому обманъ, слѣдующій за такимъ дѣйствіемъ, не составляетъ причины его. Какъ ни ясно, повидимому, это начало, но оно весьма нерѣдко забывается нашей практикой. Это замѣтно и въ рѣшеніяхъ кас. угол. департамента, приведенныхъ нами въ примѣръ смѣшенія утайки съ мошенничествомъ; ихъ можно дополнить дѣломъ Сниткина, который, взявъ впередъ деньги съ Авдѣева, платя ему не сшилъ и въ полученіи денегъ заперся; къ нему былъ примѣненъ 2 п. 174 ст. Уст. о Наказ., между тѣмъ какъ заpiresательство въ полученіи денегъ совершенно послѣ полученія ихъ (III, 698). Впрочемъ, кас. практика представляетъ также примѣры вѣрныхъ рѣшеній; укажу замѣчательное въ этомъ отношеніи дѣло Докунина. Онъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, получивъ 3 р. отъ Мартынова за купленные имъ съѣстные припасы на 30 коп., 2 р. 70 к. не сдалъ обратно подъ тѣмъ ложнымъ предлогомъ, что Мартыновъ долженъ ему три рубля; съѣздъ примѣнилъ 173 ст. Уст., но сенатъ нашелъ эту квалификацію не вѣрной, замѣтивъ, что дѣйствіе Докунина можетъ быть рассматриваемо лишь какъ проступокъ, предусмотрѣнный ст. 177 Устава ¹⁾ (к. р. III, 685).

¹⁾ Конечно, и утайки здѣсь нѣтъ, такъ какъ преступность присвоенія обуславливается нарушеніемъ особаго (необходимаго или добровольнаго) довѣрія потерпѣвшаго къ виновному, вслѣдствіе котораго первый передаетъ второму свое

Благодаря этому признаку, мошенничество не имѣетъ мѣста въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный ложно запирается на судѣ въ своей обязанности относительно другаго лица, т. е. ложно отрицаетъ на судѣ наличность какого либо имущественнаго права на сторонѣ потерпѣвшаго. Здѣсь обманъ производится послѣ полученія имущества и судебное рѣшеніе не устанавливаетъ, а только признаетъ существующія отношенія. Что же касается неправильныхъ исковъ, то выдѣленіе ихъ изъ мошенничества основывается на другомъ началѣ.

б) Обманъ, относящійся къ безразличнымъ обстоятельствамъ сдѣлки, не можетъ быть рассматриваемъ какъ побужденіе потерпѣвшаго къ совершенію какого либо дѣйствія или упущенія. Я уже имѣлъ случай сказать нѣсколько словъ объ этомъ условіи уголовнопреступнаго обмана (§ 39) и замѣтилъ, что безразличными для дѣятельности должно признать всѣ тѣ обстоятельства, которыя не составляютъ въ глазахъ потерпѣвшаго эквивалента за выдаваемое имъ имущество или за заключаемую сдѣлку о передачѣ, уступкѣ его. Согласно сказанному, область безразличныхъ обстоятельствъ слагается: 1) изъ всѣхъ тѣхъ лживыхъ завѣреній и утвержденій, которыя дозволили себѣ стороны до момента окончательнаго заключенія договора и которыя не вошли въ него какъ его необходимыя условія или составныя части.

Наиболѣе интересны въ этомъ отношеніи обманы, совершаемые не для выманиванія чужаго имущества непосредственно, а для отвлеченія лица отъ заключенія сдѣлки съ другимъ, чтобы такимъ образомъ гарантировать болѣе заключеніе имъ сдѣлки съ собою; напр., торговецъ, желая залучить покупателя въ свою лавку, клеймитъ своихъ сотоварищей по торговлѣ эпитетами мошенниковъ и надувателей, сознавая лживость подобныхъ увѣреній; А., зная что Б. хочетъ дать денегъ въ займы В. и желая вмѣсто него получить отъ Б. эту сумму также въ заемъ, клеветаетъ на В. и такимъ образомъ достигаетъ, что Б. отказывается отъ своего первоначальнаго намѣренія, а затѣмъ даетъ деньги въ заемъ А. Анализируя отношеніе такого обмана къ дѣйствию обманутаго, мы видимъ: онъ направляется не на побужденіе его къ дѣйствию или бездѣйствию, состоящему въ уступкѣ обманщику какого либо имущества, а въ побужденіи его не совершать такого дѣйст-

— имущество для опредѣленнаго назначенія; къ сожалѣнію, практика наша игнорируетъ это существенное условіе уголовно-преступной утайки и растраты.

вія или бездѣйствія въ пользу другаго лица; дѣйствіе же, состоящее въ уступкѣ имущества, вызывается другими причинами, такъ что обманъ тутъ ни при чемъ. Ясно, слѣд., что за такимъ обманомъ нельзя признать условій, необходимыхъ для мошенническаго обмана. 2) Даже обстоятельства, входящія въ составъ сдѣлки, должны быть признаны безразличными, если онѣ не составляли въ глазахъ обманутаго эквивалента за выдаваемое имущество, такъ что онѣ согласился бы на вступленіе въ сдѣлку и передачу своего имущества даже если бы зналъ въ моментъ совершеннаго имъ дѣйствія дѣйствительное положеніе такихъ обстоятельствъ; это въ самомъ дѣлѣ свидѣтельствуется, что побужденіемъ къ его дѣйствию является не обманъ, а другія совершенно независимыя отъ обмана причины и что, слѣдов., уступка имущества произошла по его свободному и непринужденному согласію.

в) Понятію безразличныхъ обстоятельствъ пытались придать черезъ чуръ широкій и невѣрный объемъ въ виду того, что не знали, какъ быть съ обманомъ въ такъ назыв. неопредѣленныхъ качествахъ вещи, каковы добротность или недобротность, хорошее и дурное и т. под. Говорили, что подобныя общія расхваливанія товара по причинѣ своей относительности и неопредѣленности не могутъ никого обмануть ¹⁾, отрицая такимъ образомъ причинную связь между ними и дѣйствіемъ потерпѣвшаго. Но такой взглядъ стоитъ въ явномъ противорѣчій съ началами гражданского права, по которымъ въ случаяхъ этого рода признается имущественная отвѣтственность, очевидно невозможная при отсутствіи причинной связи. Мы можемъ обойтись безъ этой натяжки, такъ какъ по нашей теоріи непреступность подобныхъ случаевъ объясняется гораздо естественнѣе: здѣсь нѣтъ обмана въ фактическихъ признакахъ вещи, а только ложное указаніе личныхъ мнѣній виновнаго относительно этихъ признаковъ.

г) Для признанія обмана побужденіемъ къ дѣйствию все равно, рассматривается ли опредѣленное ложное указаніе по общепринятымъ взглядамъ какъ мотивъ дѣйствія или упущенія потерпѣвшаго, или нѣтъ. Требованіе этого признака ²⁾ есть лишь ви-

¹⁾ Klien въ №. Ar. des Crim. R. I, 154 и сл. Köstlin, Ueber die Gränzen zwischen dem strafbaren und dem blosz civilrechtlich zu verfolgend. Betrug, въ Zeitschrift f. Civilrecht und Procesz, XIV стр. 346: «Такъ какъ всякій знаетъ и долженъ знать, что онъ не долженъ придавать никакого значенія подобнымъ увѣреніямъ». ²⁾ Köstlin, Ueber die Gränzen и пр. стр. 342.

доизмѣненіе теоріи, согласно которой для признанія обмана уголовнопреступнымъ требуется, чтобъ распознаніе его превышало мѣрку нормальнаго благоразумія вообще; выше (§ 48) мы показали, что она не можетъ выставить въ пользу себя ни логическихъ, ни положительныхъ основъ.

Наконецъ, д) дѣйствіе виновнаго только въ такомъ случаѣ можно признать побужденіемъ для дѣйствія потерпѣвшаго, когда имъ искажается истина или поддерживается ошибочное представленіе въ другомъ лицѣ для склоненія его къ какому либо дѣйствію или бездѣйствію ¹⁾. Если, напротивъ, получающій чужое имущество не оказываетъ никакого вліянія на возникновеніе въ передающемъ ошибочныхъ представленій о фактахъ, то послѣдній долженъ винить самого себя, если онъ, руководствуясь только собственными наблюденіями, ошибся въ нихъ и хотя въ случаяхъ такого рода безъ изъявленія получающимъ согласія получить чужое имущество потеря послѣдняго не возможна, но дѣйствіе его не представляетъ условій обмана: въ немъ нѣтъ искаженія истины; вина его состоитъ только въ томъ, что онъ даетъ удобство другому распоряжаться своимъ добромъ по собственному усмотрѣнію, не препятствуя наступленію вреда, но и не вызывая (непобуждая) правонарушительнаго дѣйствія или бездѣйствія потерпѣвшаго. Другими словами: мошенничества нѣтъ, если обогащающійся на счетъ чужаго имущества относится совершенно отрицательно къ возникновенію у передающаго ошибочныхъ представленій о фактахъ, хотя бы послѣдніе въ глазахъ его составляли эквивалентъ за передаваемое имущество.

Такъ разрѣшается вопросъ о «преступномъ бездѣйствіи» въ мошенничествѣ; но спрашивается, можно ли говорить о бездѣй-

¹⁾ Но ограничивать наказуемый обманъ случаями возбужденія ошибки, выдѣляя отсюда ту дѣятельность, которая направлена къ подкрѣпленію, поддержанію въ другомъ ошибочнаго представленія о фактахъ, нѣтъ ровно никакихъ основаній. Такая дѣятельность, какъ и направленная къ возбужденію ошибки, если виновный допускаетъ искаженіе фактовъ съ намѣреніемъ увѣрить другаго въ чемъ либо лживомъ, составляетъ обманъ; вопросъ можетъ возникнуть только о томъ, стоитъ-ли такой обманъ въ причинной связи съ актомъ передачи имущества, производимымъ ошибающимся. Но такъ какъ здѣсь потерпѣвшій раньше чѣмъ передать свое имущество освѣдомляется объ основательности своихъ представленій о фактахъ и только встрѣчая со стороны виновнаго подтвержденіе ихъ рѣшается передать ему свое имущество, то очевидно, что здѣсь поддержаніе ошибки имѣетъ всѣ признаки побужденія другаго къ правонарушительному дѣйствію или бездѣйствію. Вотъ почему Сѣверогерманское Уложеніе не рѣшилось, вслѣдъ за прусскимъ, освободить эти случаи отъ наказанія, замѣтивъ напротивъ, что они представляютъ наиболѣе обычную и опасную форму мошенническихъ обмановъ.

ствіи какъ о способѣ дѣйствія преступленій вообще, можно ли сводить причину преступныхъ послѣдствій къ отрицательному отношенію къ нимъ лица?

§ 62. Напомнимъ прежде всего общеизвѣстное дѣленіе преступленій на преступныя дѣйствія и упущенія, принятое и нашимъ законодательствомъ (ст. 1 Улож.). Первыя представляютъ собою посягательство на произведеніе какихъ либо измѣненій въ сферѣ юридическихъ отношеній, которыя охраняются уголовнымъ закономъ; для наличности совершенія ихъ требуется какое либо послѣдствіе, вызванное, произведенное преступною дѣятельностью. Вторыя, напротивъ, состоятъ въ неисполненіи какихъ либо обязанностей, лежащихъ на виновномъ, исполненіе которыхъ вынуждается угрозою наказанія; при чемъ совершенно безразлично, лежатъ ли на виновномъ такія обязанности относительно частнаго лица, общества или государственной власти.

Этими существенными признаками дѣйствія и упущенія условливается также и тотъ способъ дѣйствія, который можетъ быть пригоденъ для названныхъ группъ. Упущеніе, центръ ответственности котораго лежитъ въ неисполненіи обязанности, предполагаетъ нормальнымъ способомъ дѣйствія пассивное, отрицательное отношеніе виновнаго къ лежащей на немъ обязанности, хотя, впрочемъ, существо его неизмѣняется, если бы даже виновный произвелъ какіе либо положительные акты въ обходъ обязанности. Такъ, напр., неосвѣщеніе улицъ въ мѣстахъ, гдѣ это предписано, останется упущеніемъ, хотя бы виновный не только не позаботился объ освѣщеніи ея, а даже снялъ фонарь и унесъ его въ свою квартиру, позаботился завести знакомство съ органами городского хозяйства, наблюдающими за освѣщеніемъ, съ тѣмъ, чтобы гарантировать для себя безнаказанность въ случаѣ неосвѣщенія, и т. под. Слѣдовательно, упущеніе можетъ быть совершено какъ бездѣйствіемъ, такъ и положительнымъ способомъ дѣйствія.

Но можно ли говорить о преступномъ бездѣйствіи тамъ, гдѣ отвѣтственность лица опредѣляется произведеніемъ имъ какого либо послѣдствія, запрещаемого уголовнымъ закономъ? Утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ считаетъ несомнѣннымъ теорія, по которой существованіе на сторонѣ виновнаго какихъ бы то ни было обязанностей относительно потерпѣвшаго придаетъ невоспрепятствованію имъ какихъ либо послѣдствій значеніе про-

изведенія ихъ ¹⁾; но криминалисты этого направленія не могли условиться, каковы должны быть обязанности, дающія неотвращенію вреда характеръ причиненія его. Но даже если ограничиваться, какъ дѣлали позднѣйшіе представители этого направленія, тѣми обязанностями, которыя спеціально указывались въ уголовныхъ законахъ какъ вызывающія наказуемость за неустраненіе преступныхъ послѣдствій, все же остается неразъясненнымъ и совершенно непонятнымъ: какимъ образомъ неотвращеніе вреда можно сравнивать съ причиненіемъ его. Только во второмъ послѣдствіи имѣетъ свою причину въ дѣйствіи виновнаго, въ первомъ же причины его иныя и если здѣсь назначается наказаніе, то дѣятельность виновнаго обрисовывается какъ пресуппозитивное упущеніе; слѣд., изъ наказуемости его въ одномъ случаѣ невозможно заключать о наказуемости въ другомъ.

Видя невозможность карать бездѣйствіе какъ самостоятельный видъ преступленія если на то нѣтъ спеціальныхъ узаконеній, другіе теоретики замѣчаютъ, что послѣднихъ для этого во все ненужно и что бездѣйствіе запрещается тѣмъ же закономъ, который караетъ положительное дѣйствіе, производящее какой либо преступный результатъ. Запрещая его (результатъ), говорятъ они, законъ безразлично запрещаетъ всѣ тѣ способы, которыми онъ можетъ быть произведенъ, т. е. какъ содѣяніе, такъ и бездѣйствіе. Очевидно, однако, что въ справедливости этого отвѣта не можетъ представиться сомнѣній ²⁾ только тогда, когда будетъ доказано, что бездѣйствіе, которое рассматриваемое мнѣніе желаетъ подвергать наказанію, представляетъ наличность тѣхъ же условій причинной связи его съ послѣдствіемъ, какъ и содѣяніе. Но криминалисты этого направленія, находящіе необходимымъ отдѣльное разсмотрѣніе содѣянія и бездѣйствія какъ двухъ самостоятельныхъ видовъ способа нарушенія, запрещаемого закономъ, должны были согласиться, что чистое бездѣйствіе, т. е. совершенно пассивное отношеніе дѣятеля къ послѣдствію, исключаетъ налич-

¹⁾ Въ прежнее время общія опредѣленія обмана (*falsum*) обнимали и молчаніе объ истинѣ, напр. Дамгудеръ говоритъ: *qui veritatem occultat... vel celat, falsum committit*; Креасъ—*plane non etiam committendo, sed etiam omittendo falsi crimen contrahitur*; о дѣйствительномъ значеніи этихъ опредѣленій см. ч. I стр. 115—120.—Въ дальнѣйшемъ изложеніи этого § я предполагаю въ читателѣ основательное знакомство съ прекраснымъ сочиненіемъ Таганцева, о прест. пр. жизни, №№ 72—79.

²⁾ Опять таки если характеръ способа дѣйствія достаточенъ для понятія преступленія; см. §§ 28 и слѣд.

ность причинной связи; они отказались искать ее въ существованіи какихъ бы то ни было обязанностей виновнаго къ потерпѣвшему, признавая, что неотвращеніе нарушенія и произведеніе его — двѣ вещи различныя. И такъ какъ бездѣйствіе формулировалось у нихъ какъ произведеніе преступнаго послѣдствія, то они параллельно съ отрицательными требовали положительныя дѣйствія, рассматривая ихъ не какъ части одного дѣйствія, а какъ два различныя дѣйствія, связываемыя лишь единствомъ послѣдствія; эти положительныя дѣйствія, по ихъ мнѣнію, превращаютъ неотвращеніе преступнаго послѣдствія въ произведеніе его. Съ этимъ согласны всѣ новѣйшіе криминалисты; у бездѣйствія въ его чистомъ видѣ, безъ такихъ положительныхъ дѣйствій, они единогласно отрицаютъ причинную связь съ послѣдствіемъ. Вопросъ состоитъ только въ томъ, каково должно быть предшествующее бездѣйствію положительное дѣйствіе, превращающее неотвращеніе его въ произведеніе его.

Обыкновенно отвѣтъ на этотъ вопросъ формулируется такъ: всякое положительное дѣйствіе — дозволенное или недозволенное, умышленное или неумышленное — которое было причиною опаснаго состоянія тѣхъ или другихъ правоотношеній, обязываетъ совершившаго его устранить положительною дѣятельностью эту опасность, если онъ не хочетъ, чтобъ послѣдствіе было отнесено на счетъ его вины. Причемъ ближе условія преступности бездѣйствія опредѣляются слѣдующими признаками: а) виновный долженъ знать о произведенномъ имъ опасномъ состояніи; б) онъ долженъ — требуютъ нѣкоторые — не только произвести опасное состояніе, но и устранить силы, могущія воспрепятствовать нарушенію того блага, которое онъ поставилъ въ опасность; в) потерпѣвшій вслѣдствіе положительнаго дѣйствія виновнаго долженъ быть поставленъ въ невозможность своими собственными силами выйти изъ такого опаснаго состоянія, и г) оно должно быть произведено положительнымъ воздѣйствіемъ виновнаго на какія бы то ни было отношенія, при чемъ безразлично, создаются ли необходимыя для того силы дѣятельностью самого виновнаго, или онъ направляетъ лишь существующія силы на опредѣленное послѣдствіе и даетъ имъ возможность дѣйствовать. Напротивъ, когда лицо предоставляет естественныя силы ихъ нормальному ходу безъ всякаго воздѣйствія на нихъ, то хотя бы въ окончательномъ результатѣ эти силы, вмѣстѣ съ произведеніемъ преступнаго по-

слѣдствія, приносили выгоду такому лицу, о причинной связи его съ направлениемъ и послѣдствиемъ ихъ не можетъ быть рѣчи ¹⁾).

Однако, не всѣ криминалисты, знающіе содѣяніе и бездѣйствіе какъ возможные способы произведенія запрещаемыхъ нарушеній, согласны въ объемѣ тѣхъ случаевъ, которые входятъ въ понятіе бездѣйствія. У однихъ подъ нимъ подразумѣваются всѣ тѣ случаи, когда дѣятельность лица слагается изъ ряда положительныхъ и отрицательныхъ дѣйствій, такъ что первыя производятъ опасное положеніе, вторыя не отвращаютъ его. Но съ полной строгостью этотъ взглядъ не проведенъ нигдѣ, такъ что напр. никто не считаетъ бездѣйствіемъ поступокъ лица, которое поставило ядъ на столъ своего врага и затѣмъ удалилось, не воспрепятствовавъ выпить его; довольствуются, обыкновенно ясно не высказывая этого взгляда, требованіемъ, чтобъ причиняющее опасное состояніе положительное дѣйствіе не было произведено именно въ намѣреніи совершить опредѣленное преступленіе. Другіе (Меркель и Таганцевъ), напротивъ, видятъ не бездѣйствіе, а положительное дѣйствіе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда виновный, хотя безъ намѣренія совершить преступленіе, произвелъ какой либо актъ, давшій первый толчекъ ряду причинъ, приведшихъ къ правонарушительному результату; если ему виновный не воспрепятствовалъ, то эти криминалисты признаютъ его причиною преступленія, притомъ причиною умышленною, когда въ моментъ бездѣйствія онъ удержался отъ положительныхъ актовъ именно съ намѣреніемъ, чтобъ дать возможность возникнуть преступному послѣдствію. Но эти криминалисты не указываютъ, какое должно существовать различіе между такимъ положительнымъ дѣйствіемъ и тѣмъ, которое производитъ опасное состояніе, неотвращеніе котораго рассматриваютъ какъ бездѣйствіе ²⁾).

¹⁾ Glaser, Abh. aus d. öster. Strafrechte 387, 388, 436; Таганцевъ, в. с. I № 78; послѣдній, впрочемъ, говоритъ вообще «о причиненіи опаснаго положенія», не опредѣляя его болѣе точными признаками и не различая, имѣлъ ли виновный возможность отворотить нарушение или нѣтъ. Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Leipzig 1870, стр. 49 и слѣд.; отвѣтственность по нему наступаетъ съ того момента, когда виновный сознаетъ необходимость дѣйствовать, и смотря потому, удержался ли онъ отъ дѣйствія по небрежности или умышленно, онъ отвѣчаетъ за неосторожное или умышенное преступленіе; сведеніе субъективной отвѣтственности къ предшествующему положительному дѣйствію онъ называетъ неумѣстнымъ предположеніемъ вины на сторонѣ безразличнаго въ субъект. отношеніи дѣйствія.

²⁾ Merkel, II, 158. Таганцевъ, I, № 72. Они, замѣтилъ я, относятъ къ положительному дѣйствію, т. е. сводятъ субъективную и объективную отвѣтственность исключительно къ положительнымъ актамъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда

Всѣ эти подраздѣленія, въ которыхъ не могутъ сойтись даже два криминалиста, различныя болѣе или менѣе произвольныя исключенія и неточныя основы отвѣтственности въ бездѣйствіи¹⁾ должны убѣдить cadaго безпристрастнаго наблюдателя, что вопросъ о немъ поставленъ на совершенно ложную почву.

Съ одной стороны, всѣ криминалисты, трактующіе въ новѣйшее время о преступномъ бездѣйствіи, единодушно соглашались, что причинная связь, а потому и матеріальное основаніе наказуемости лежитъ не въ бездѣйствіи самомъ по себѣ, а въ предшествующемъ ему положительномъ дѣйствіи. Отсюда, казалось, было бы гораздо проще выбросить совершенно преступное бездѣйствіе — терминъ, который можетъ привести къ массѣ недоразумѣній — и, отказавшись отъ разсмотрѣнія положительныхъ и отрицательныхъ актовъ какъ отдѣльныхъ способовъ дѣйствія, одинаково могущихъ будто бы произвести преступное послѣдствіе, потребовать для наказуемости положительное дѣйствіе и допускать бездѣйствіе лишь какъ одну изъ ступеней его²⁾. Отъ такого изгнанія бездѣйствія какъ самостоятельнаго понятія изъ науки послѣдняя ничего не проиграетъ — кромѣ развѣ одного лишняго замесловатаго «ученаго» термина, — а напротивъ выиграетъ въ упрощеніи своего предмета.

Любопытно прослѣдить, какъ часто къ этой мысли подходили лучшіе представители уголовного права, которые однако не рѣшались вполне отказаться отъ этого дѣтища схоластики.

Людентъ, разбивъ теорію уравненія нарушеній съ невоспрепятствованіемъ нарушеній, возлагаемымъ какою либо обязанностью, про-

умыселъ совершить преступленіе возникъ во время бездѣйствія, такъ какъ, говоритъ Таганцевъ, «ни законъ, ни теорія вовсе не требуютъ, чтобъ внезапный умыселъ возникъ въ началѣ совершенія, а не во время какого либо дѣйствія, начатаго вовсе не съ этою цѣлью», но какъ быть, когда умыселъ возникъ въ моментъ, когда отвращеніе послѣдствія невозможно.

1) Напр., по Глазеру и Кругу, ночной сторожъ, замѣтившій пожаръ и не сообщавшій о немъ, не виновенъ въ поджогѣ; напротивъ, сторожъ, приставленный специально къ горѣвшему дому, виновенъ въ поджогѣ, если замѣтитъ распространеніе пламени и не сообщитъ о немъ.

2) Обыкновенно противъ этого возражаютъ, что моментъ субъективной виновности актовъ бездѣйствія нельзя опредѣлять условіями вины, заключающимися въ положительномъ дѣйствіи (которое обыкновенно вовсе не представляетъ субъективной виновности) и наоборотъ, такъ какъ дѣйствіе безразличное или менѣе преступное съ субъективной стороны не можетъ измѣниться въ этомъ субъективномъ отношеніи вслѣдствіе возникшаго у виновнаго позднѣйшаго намѣренія. Это совершенно вѣрно, но такое замѣчаніе справедливо опять таки лишь въ томъ случаѣ, когда положительные и отрицательные акты разсматривать совершенно отдѣльно, какъ различныя дѣйствія.

возглашаетъ общее правило, что о преступномъ бездѣйствіи можетъ быть рѣчь лишь тогда, «если послѣдствіе происходитъ именно вслѣдствіе бездѣйствія, а не другихъ причинъ», такъ что о преступности его можетъ быть рѣчь лишь подѣ условіемъ, чтобы безъ него преступное послѣдствіе не могло произойти (Abhandl. II, 226); при этомъ подѣ бездѣйствіемъ онъ разумѣетъ какъ самое бездѣйствіе, такъ и предшествующее ему положительное дѣйствіе. Ясно, что причинная связь здѣсь сводится на послѣднее, а не на первое. Кругъ идетъ еще дальше и называетъ бездѣйствіе «составною частью положительнаго способа дѣйствія» (Abhandl. 1855, II, ст. 21 и сл.). Глазеръ не признаетъ преступнаго бездѣйствія въ томъ случаѣ, когда виновный предоставляетъ естественныя силы ихъ нормальному ходу не препятствуя наступленію правонарушенія (Abhandl., стр. 387). Еще ближе подходятъ къ истинѣ Меркель и Таганцевъ, относя къ положительному дѣйствію многіе случаи, которые ихъ предшественниками ставятся въ ряду преступнаго бездѣйствія. И однако всѣ они предпочитаютъ вращаться въ заколдованномъ — по ихъ собственному сознанію — кругу и не рѣшаются сдѣлать маленькаго рѣшительнаго шага, который внесетъ въ науку больше простоты и естественности, избавивъ ее отъ массы самыхъ произвольныхъ исключеній.

И такъ, я позволяю себѣ потребовать, чтобъ наука совершенно вычеркнула преступное бездѣйствіе какъ самостоятельную форму преступленія и говорила, какъ велитъ логика понятій, только о положительномъ способѣ дѣйствія при нарушеніи правоотношеній, опредѣливъ его юридическія границы причинною связью съ послѣдствіемъ.

Мнѣ могутъ возразить, что всѣ новѣйшіе криминалисты согласны, что между содѣяніемъ и бездѣйствіемъ нѣтъ генерическаго различія; что къ тому и другому они стремятся примѣнять одинаковыя начала о причинной связи; что раздѣленіе ихъ дѣлается лишь для достиженія возможности прочнѣе ориентироваться въ каждой изъ этихъ формъ; и что такимъ образомъ это раздѣленіе, разлагая сложное понятіе на простыя, есть шагъ впередъ сравнительно съ смѣшеніемъ ихъ.

Но возраженіе это страдаетъ значительною долею софистической закваски. Разложеніе сложныхъ понятій на ихъ простые элементы — дѣло прекрасное, но только подѣ тѣмъ условіемъ,

чтобы эти отдѣльные элементы на самомъ дѣлѣ представляли какія либо особенности между собою; если же они до такой степени сливаются одно съ другимъ, что даже невозможно указать между ними въ общемъ опредѣленіи мало мальски рѣзкой границы, и все различіе ихъ ограничивается тѣмъ, что заключительные акты содѣянія съ внѣшней стороны представляются положительными, а бездѣйствія — только съ внѣшней стороны отрицательными, то разъединеніе ихъ является совершенно безплоднымъ и даже вреднымъ въ томъ смыслѣ, что на эту непроизводительную работу затрачиваются лучшія силы науки. А это именно мы видимъ въ разграниченіи содѣянія и бездѣйствія. Къ чему въ самомъ дѣлѣ сводится послѣднее? Къ положительному дѣйствию. На чемъ строится его причинная связь съ послѣдствіемъ? На положительномъ дѣйствии. Есть-ли возможность указать точныя границы между ними? Желających убѣдиться въ противномъ отсылаю къ Таганцеву, I, № 72. Слѣдовательно, отдѣльное разсмотрѣніе содѣянія и бездѣйствія не имѣетъ логическаго оправданія. Этимъ для науки вопросъ поконченъ. Но не приноситъ ли оно важную практическую пользу, въ виду которой необходимо удерживать его даже въ ущербъ началамъ здоровой логики?

Практическая польза отдѣльнаго разсмотрѣнія содѣянія и бездѣйствія могла бы быть признана только въ томъ случаѣ, когда бы оно содѣйствовало лучшему уясненію понятій, съ которыми приходится имѣть дѣло. Для юриста смыслъ этой фразы таковъ: его слѣдуетъ удерживать, если оно можетъ доставить прочныя начала, которыми объяснялись бы объемъ содѣянія и бездѣйствія въ отдѣльности и именно въ томъ видѣ, который важенъ для юридической оцѣнки дѣянія, и ихъ наказуемость. Между тѣмъ стоитъ прослѣдить исторію этого ученія, чтобы убѣдиться въ противномъ. Внесеніе термина «бездѣйствіе» подало поводъ отождествить произведеніе нарушенія съ невоспрепятствованіемъ его, и много здоровыхъ силъ науки было потрачено на то, чтобы разбить это недоразумѣніе, порожденное раздѣленіемъ ихъ. Да и въ настоящее время дѣленіе это нисколько не уясняетъ существа дѣла; въ немъ попрежнему таится замаскированное признаніе, что бездѣйствіе можетъ быть средствомъ правонарушенія само по себѣ, безъ всякаго положительнаго участія виновнаго. Что иное, въ самомъ дѣлѣ, означаетъ терминъ «бездѣйствіе»?

Не трудно отыскать и тотъ внѣшній поводъ, который вызвалъ

разсматриваемое дѣленіе. На Фейербаха, очевидно, бѣды взваливать нечего: подѣ *Unterlassungsverbrechen* онъ разумѣлъ упущеніе, а не бездѣйствіе. Если въ послѣдствіи и бездѣйствіе начали обсуживать по началамъ обязанности, лежащей на виновномъ, то эти старыя недоразумѣнія уже опровергнуты и съ ними мы не хотимъ болѣе имѣть дѣла. Насъ интересуеетъ только теперешній мотивъ, побуждающій современныхъ намъ криминалистовъ удерживать это дѣленіе. Позволяемъ себѣ видѣть его въ слѣдующемъ простомъ обстоятельстве.

Есть случаи, гдѣ преступное послѣдствіе, долженствующее произойти отъ положительнаго дѣйствія, отдѣляется отъ него болѣе или менѣе продолжительнымъ промежуткомъ времени. Этотъ промежутокъ затрудняетъ разрѣшеніе юридическаго вопроса о причинной связи, что еще болѣе усиливается, когда положительное дѣйствіе лица, составляющее дѣйствительную причину его, съ внѣшней стороны является дозволеннымъ, не преступнымъ. Легко видѣть, что всѣ или по крайней мѣрѣ большинство случаевъ бездѣйствія носить именно этотъ характеръ. И вотъ эта именно дозволенность положительнаго дѣйствія, стоящаго въ значительномъ отдаленіи отъ послѣдствія, удерживала криминалистовъ объявить его наказуемымъ и побудила ихъ внести въ причинную связь послѣдующее бездѣйствіе лица, объявивъ въ немъ истинную субъективную и даже объективную основу наказуемости.

Но — разъ — дробить подобнымъ образомъ дѣйствіе человѣка невозможно; оно имѣетъ значеніе только въ такомъ случаѣ, когда оно разсматривается въ совокупности всѣхъ входящихъ въ него актовъ, направленныхъ къ произведенію опредѣленнаго послѣдствія. Два — подобнаго признака не лишены и тѣ дѣянія, которыя безъ всякихъ споровъ относятся къ положительному дѣйствію. И здѣсь не только послѣдствіе можетъ стоять въ значительномъ отдаленіи отъ дѣйствія, но даже это дѣйствіе вначалѣ можетъ быть дозволеннымъ, непреступнымъ, лишь въ послѣдствіи получая этотъ характеръ. А. подкупилъ Б. на совершеніе кражи; дѣйствіе А. становится преступнымъ только послѣ совершенія кражи Б. (или покушенія на нее). Но слѣдуетъ ли признать дѣяніе А. бездѣйствіемъ только потому, что кража не произошла бы если бы онъ послѣ подкупа отговорилъ Б. отъ совершенія ея? А подобныхъ случаевъ можно представить себѣ безчисленное множество.

Таковы въ бѣглыхъ чертахъ тѣ логическія соображенія, которыя можно представить противъ бездѣйствія какъ самостоятельной формы преступленія. Съ другой стороны, мы видимъ подкрѣпленіе нашего взгляда и въ законодательствахъ. Онѣ знаютъ только дѣяніе и упущеніе, а бездѣйствія вовсе не знаютъ. Приверженцы оспариваемаго направленія не соглашались съ этимъ, говоря, что подъ дѣяніемъ законъ разумѣетъ какъ положительное дѣйствіе, такъ и бездѣйствіе. Однако это толкованіе не убѣдительно; подъ дѣяніемъ законъ разумѣетъ лишь такой актъ, который ставитъ дѣятеля въ причинную связь съ преступнымъ послѣдствіемъ, и вовсе не дробитъ его на дѣйствіе и бездѣйствіе.

§ 63. Такимъ образомъ не дробя человѣческой дѣятельности на излишнія клѣтушки, выбрасывая всѣ излишнія подраздѣленія ея, мы требуемъ, чтобъ она разсматривалась во всей своей совокупности; и такъ какъ въ такомъ случаѣ въ составъ ея могутъ входить какъ положительные, такъ и отрицательные съ внѣшней стороны акты, необходимые для произведенія опредѣленнаго результата, то необходимо придавать значеніе и тѣмъ и другимъ, оцѣнивая ихъ мѣркою причинной связи.

Начала послѣдней принимаются нами въ томъ видѣ, какъ онѣ существуютъ въ наукѣ. Причинная связь, по нашему мнѣнію, имѣетъ мѣсто не только когда самъ виновный создаетъ силы, вызывающія послѣдствіе, но и направляетъ существующія уже силы на это послѣдствіе. Но простое невмѣшательство посторонней силы, вмѣшательство которой необходимо для воспрепятствованія нарушенія, не составляетъ произведенія ею этого нарушенія¹⁾. Причемъ въ уголовно-юридической оцѣнкѣ, въ силу ея обязанности ограничивать свою область видимой несомнѣнностью, должно обращать вниманіе лишь на ближайшія причины явленія, лежащія въ человѣческой дѣятельности, и особенно не ставить его отвѣтственнымъ за послѣдствіе дѣятельности тѣхъ лицъ, которыя являются причиною его черезъ посредство свободного слѣдованія имъ другихъ лицъ, которымъ преступное послѣдствіе не было въ точности указано и только могло быть выведено ими самими какъ слѣдующее изъ дѣятельности перваго лица (поводъ

¹⁾ Докторъ приглашается къ опасно больному и умышленно не перевязываетъ ему раны, или не даетъ необходимыхъ лекарствъ; очевидно, больной не убитъ докторомъ, а умеръ отъ другихъ причинъ, и если доктора можно привлечь къ отвѣтственности, то за злоупотребленіе своимъ врачебнымъ положеніемъ, а не за убійство. Причина смерти создана не имъ.

дѣятельности ¹⁾; — съ другой стороны нѣтъ причинной связи въ уголовно-юридическомъ смыслѣ, когда совмѣстно съ дѣйствіемъ, но независимо отъ участія дѣятеля привходитъ сила посторонняя, являющаяся дѣйствительною причиною преступнаго результата; здѣсь дѣятель отвѣчаетъ лишь за произведенное до участія этой посторонней силы ²⁾.

Заручившись этими простыми началами, соотавляющими логическій выводъ изъ общепризнанныхъ въ наукѣ, попытаемся разсмотрѣть тѣ случаи мошенничества, которые совершаются такъ назыв. бездѣйствіемъ. Это еще нагляднѣе покажетъ намъ, что выставлать для нихъ особыя начала, или создавать изъ «бездѣйствія» особую форму преступленія нѣтъ ни малѣйшей необходимости.

Обманъ, видѣли мы, распадается на обманъ словомъ и дѣйствіемъ. Послѣдній производится или обманчивыми поступками относительно предмета мошенничества, или другими обманными уловками. Въ нихъ словесное заявленіе лжи не составляетъ необходимаго условія, такъ что они могутъ быть совершены и умолчаніемъ, но только потому, что обманное дѣйствіе служить такимъ же пригоднымъ способомъ искаженія истины, т. е. настолько же пригодною формою обмана, какъ и словесная ложь.

Другой случай, когда умолчаніе, входя въ дѣйствіе виновнаго, имѣетъ значеніе утвержденія, это тотъ, гдѣ виновный съ обманутымъ условились придавать умолчанію значеніе опредѣленнаго утвержденія; все равно, составлялось ли это условіе особо или предполагается само собою по характеру данныхъ отношеній. Здѣсь умолчаніе объ истинѣ и пользованіе ошибкой становится обманомъ не потому, что виновный нарушаетъ такое условіе, а потому, что этимъ условіемъ, уговоромъ за молчаніемъ признается опредѣленное положительное значеніе: это есть условная форма утвержденія или отрицанія такъ само какъ звуки словесной рѣчи. Подробнѣе объ этомъ случаѣ см. § 42.

¹⁾ А. на просьбу о помощи получилъ у Б. отвѣтъ, что хлѣбъ можно доставать и другими путями кромѣ честныхъ, вслѣдствіе чего и совершилъ кражу. Авторъ выпускаетъ сочиненіе, въ которомъ яркими красками рисуются злоупотребленія правительства, и это сочиненіе вызываетъ революцію.

²⁾ А. нанесъ рану Б., но онъ умеръ не отъ этой раны, а отъ удара молніи или былъ растерзанъ на дорогѣ звѣрями вслѣдствіе своей безпомощности. Напротивъ, если виновный выбираетъ звѣрей средствомъ для совершенія убійства и бросаетъ человѣка въ псарню или въ звѣринецъ, то здѣсь посторонняя сила получила возможность дѣйствовать вслѣдствіе дѣйствія виновнаго и потому онъ отвѣчаетъ за послѣдствіе.

Съ точки зрѣнія вопроса о причинной связи весьма важно отличать случаи, гдѣ умолчаніе получаетъ значеніе опредѣленнаго утвержденія вслѣдствіе особо уговореннаго условія, отъ тѣхъ случаевъ, гдѣ это значеніе предполагается характеромъ возникающихъ отношеній (сдѣлки). Въ первыхъ безразлично, предложилъ ли самъ виновный или другое лицо придавать молчанію опредѣленное значеніе; дѣйствіе потерпѣвшаго здѣсь производится вслѣдствіе молчанія, имѣющаго положительное значеніе, которое такимъ образомъ составляетъ причину дѣйствія ошибающагося. Во вторыхъ, напротивъ, существенное значеніе имѣетъ то обстоятельство, предлагается ли сдѣлка самимъ виновнымъ, или онъ только соглашается принять предложеніе потерпѣвшаго. Дѣлая предложеніе, фактомъ его онъ возбуждаетъ въ другомъ лицѣ ошибочное представленіе относительно обстоятельствъ, необходимо вытекающихъ изъ такого предложенія; дѣйствіе потерпѣвшаго здѣсь, слѣдов., является прямымъ результатомъ совокупнаго дѣйствія виновнаго, выражающагося въ предложеніи сдѣлки и умолчаніи. Но хотя предложеніе сдѣлки, инициатива ея большею частью придаетъ молчанію обѣ истинѣ значеніе положительнаго утвержденія, однако это начало должно быть подвергнуто нѣкоторымъ ограниченіямъ, на томъ основаніи, что, какъ я замѣтилъ, для причинной связи дѣйствіе виновнаго должно представлять собою побужденіе для дѣйствія потерпѣвшаго предложеніемъ лживыхъ фактическихъ основъ для него. Въ этомъ отношеніи необходимо различать тѣ обстоятельства, которыя становятся содержаніемъ обмана. Если онъ касается предметовъ, за которые предлагающій сдѣлку хочетъ получить чужое имущество, то инициатива составляетъ достаточное побужденіе другаго къ какому либо дѣйствію; если напротивъ предметы эти принадлежатъ другой сторонѣ, которая не знаетъ ихъ признаковъ и предлагающій сдѣлку для выманиванія ихъ умалчиваетъ обѣ нихъ, то въ такомъ поступкѣ нельзя видѣть обмана: потерпѣвшій не могъ ожидать, что его предметы болѣе извѣстны другому, чѣмъ ему, и потому предложеніе сдѣлки доставляетъ ему лишь возможность дѣйствовать согласно собственному желанію. Съ этой точки зрѣнія должно обсуживать и случай полученія вдвойнѣ уплаты одного и того же долга; если получившій его обращается за вторичной уплатой къ должнику при такихъ условіяхъ, что послѣдній не знаетъ о полученіи, то фактомъ требо-

ванія заявляется будто долгъ не полученъ, т. е. производится обманъ; если же должникъ по ошибкѣ приносить во второй разъ уже оплаченный долгъ и, не спрашивая состоитъ ли онъ въ долгу или нѣтъ, даетъ ему сумму денегъ, то принятіе ихъ хотя и устанавливаетъ гражданскую отвѣтственность, но не уголовную наказуемость за обманъ: принявшій не искажалъ истины и получилъ выгоду не посредствомъ обмана, не побуждая потерпѣвшаго къ выдачѣ себѣ его имущества, а вслѣдствіе ошибки. Слѣдовательно, принимая предложеніе получить что либо, получающій хотя и пользуется имущественной выгодой и причиняетъ имущественный вредъ другому лицу, но дѣйствіе потерпѣвшаго вызвано его собственною ошибкою, такъ что она, а не дѣйствіе виновнаго составляетъ побужденіе его. При этомъ, конечно, нужно отличать обманъ дѣйствіемъ отъ пассивнаго отношенія къ искаженію истины.

Нѣсколько примѣровъ пояснятъ нашу мысль.

А. обращается къ Б. съ предложеніемъ отдать ему въ наемъ опредѣленный участокъ земли, на что Б. соглашается и уплачиваетъ А. условленную сумму денегъ. Оказывается затѣмъ, что отданная въ наемъ земля не принадлежала А. и ею онъ не могъ распоряжаться. Здѣсь умолчаніе о непринадлежности земли равносильно утвержденію принадлежности вслѣдствіе предложенія заключить сдѣлку на эту землю и составляетъ причину дѣйствія Б., такъ какъ послѣднее вызвано имъ.

Напротивъ, Б., думая, что А. имѣетъ на землю право распоряженія, приходитъ къ нему и даетъ деньги; хотя и здѣсь молчаніе равносильно утвержденію противнаго вслѣдствіе согласія на сдѣлку, но дѣйствіе Б. вызвано ошибкою, происшедшею отъ другихъ причинъ, а не отъ дѣйствія А., который виновенъ лишь въ томъ, что не воспрепятствовалъ развитію этихъ причинъ; здѣсь поэтому нельзя видѣть причинной связи его съ дѣйствіемъ Б.

А. приходитъ въ лавку Б. и требуетъ 5 ф. кофе; Б. даетъ ему 4½ ф., получая деньги за всѣ пять. Здѣсь должно признать причинную связь дѣйствія Б. съ дѣйствіемъ А., а) потому что открытіе общественной торговли равносильно общему предложенію вступать въ сдѣлки по данной отрасли торга; б) поступокъ Б. есть не только умолчаніе объ истинѣ, а положительный обманъ дѣйствіемъ, лживый поступокъ.

Юридическое значеніе умолчанія, т. е. разсматриваніе его какъ

положительное утверждение, ограничивается—видѣли мы—лишь немногими обстоятельствами сдѣлки, необходимо предполагаемыми вступленіемъ въ нее; несообщеніе знаній объ обстоятельствахъ, которыя могутъ вліять на общее повышение или пониженіе цѣнности товаровъ, не касаясь качества ихъ, выдѣляется отсюда на томъ основаніи, что знаніе есть капиталъ, свободное распоряженіе которымъ не можетъ быть отнято у владѣльца, если оно не переходитъ во вторженіе въ чужія права, т. е. въ искаженіе фактовъ, на основаніи которыхъ могутъ быть сдѣланы выводы относительно измѣненія цѣны¹⁾.

§ 64. Масса недоразумѣній въ вопросѣ о причинной связи въ мошенничествѣ произошла на томъ основаніи, что криминалисты придаютъ первенствующее значеніе не обману какъ дѣйствию виновнаго, а ошибкѣ какъ особенному состоянію потерпѣвшаго; отсюда они выводятъ, что для причинной связи обмана съ мошенничествомъ необходимо состояніе обольщенія, вслѣдствіе котораго обольщенный совершаетъ опредѣленное дѣйствіе; отсюда же и тѣ безплодные споры, которые встрѣчаются въ германскихъ законодательствахъ по вопросу: необходимо-ли для мошенничества возбужденіе ошибки, или достаточно подкрѣпленіе ея, или даже простое пользованіе чужой ошибкой?

Это направленіе чрезвычайно распространено въ литературѣ и законодательствахъ. Германскія уложенія вносятъ даже въ легальное опредѣленіе мошенничества условія «ошибки» и «обольщенія»; они говорятъ не о нарушеніи чужаго права посредствомъ обмана, а о нарушеніи его посредствомъ обольщенія введеніемъ въ ошибку или подкрѣпленіемъ ея. Отпрыскъ того же направленія въ новѣйшее время можно замѣтить и въ американской судебной практикѣ. Она отказалась признать мошенничество въ такомъ случаѣ: А. пришелъ къ закладчику и предъявилъ ему цѣпочку, ложно выдавая ее за сдѣланную изъ драгоцѣннаго металла; закладчикъ не повѣрилъ ему и подвергъ ее своему изслѣдованію, но вслѣдствіе грубости средствъ послѣдняго призналъ, что цѣ-

¹⁾ Умолчаніе здѣсь, слѣд., можетъ быть преступно только въ томъ случаѣ, когда между виновнымъ и потерпѣвшимъ состоялось особое условіе о сообщеніи такихъ обстоятельствъ, въ силу котораго молчаніе о нихъ равносильно утвержденію отсутствія ихъ. Очевидно, такое условіе д. б. признано и тогда, когда оно состоялось между виновнымъ и многими другими лицами безъ опредѣленія ихъ индивидуально. Напр., редакторъ биржевой газеты умышленно не сообщаетъ о важныхъ для торговли явленіяхъ для того, чтобъ посредствомъ другаго лица или непосредственно купить или продать что либо.

почка дѣйствительно сдѣлана изъ драгоцѣннаго металла, и выдалъ за нее требуемую сумму. Мотивы, которыми руководствовался судъ, состоятъ въ томъ, что ошибочное представленіе произошло не вслѣдствіе дѣйствія виновнаго, а вслѣдствіе дѣйствія самого потерпѣвшаго, и потому здѣсь нѣтъ введенія въ ошибку. — Только во французской литературѣ мы встрѣчаемъ одинъ робкій голосъ (Мильона), который не считаетъ состояніе обольщенія существеннымъ условіемъ торговаго обмана (*tromperie*). —

Конечно, обыкновеннымъ результатомъ обмана будетъ возбужденіе ошибки на другой сторонѣ. Но для уголовного правосудія важно не это состояніе потерпѣвшаго, а то дѣйствіе и руководящее виновнымъ намѣреніе, которымъ нарушаются опредѣленныя правоотношенія. Поэтому коль скоро дѣйствіе виновнаго удовлетворяетъ условіямъ преступленія, въ данномъ случаѣ — коль скоро оно составляетъ обманъ, направленный на полученіе чужаго имущества путемъ обольщенія, то уголовно-юридической оцѣнкѣ подлежитъ лишь вопросъ: зналъ ли виновный и желалъ ли онъ своимъ дѣйствіемъ вызвать извѣстное преступное послѣдствіе? Въ анализъ же сокровеннаго состоянія потерпѣвшаго оно входитъ не обязано.

Противъ этого можно привести три возраженія, которыя на первый взглядъ кажутся весьма убѣдительны. Можно замѣтить во 1-хъ, что если потерпѣвшій не находился на самомъ дѣлѣ въ состояніи ошибки, то передача имъ своего имущества, какъ согласная съ его свободнымъ волеопредѣленіемъ, не можетъ быть признана правонарушеніемъ. О послѣднемъ, въ самомъ дѣлѣ, можно говорить только при отсутствіи свободного отказа отъ имущества. Но совершая обманъ, виновный несомнѣнно направляетъ свое дѣйствіе на правонарушеніе: отказъ отъ имущества является позднѣе. Такой правонарушительный характеръ дѣйствія не ослабляется тѣмъ случайнымъ обстоятельствомъ, что собственникъ вещи считаетъ излишнимъ ограждать ее обыкновенными мѣрами предосторожности: кража признается не только при похищеніи вещи изъ дома или квартиры владѣльца, но и изъ мѣстъ неогороженныхъ, напр., кража сѣна съ луга. Дѣло, конечно, не измѣняется, когда мѣсто матеріальныхъ мѣръ предосторожности заступаютъ интеллектуальныя. Слѣд., и въ этомъ случаѣ необходимо признавать нарушеніе чужаго имущества — такъ какъ невоспрепятствованіе обману не можетъ перенести имущественнаго права съ одного лица на другое. — Кромѣ того, мы можемъ привести въ

подкрѣпленіе нашего взгляда чисто уголовно-юридическое соображеніе. Несомнѣнно, покушеніе на мошенничество имѣетъ мѣсто при произведеніи обманнаго дѣйствія независимо отъ того, вызвало ли оно состояніе ошибки или нѣтъ. Предположите теперь, что лицо, не повѣрившее обману, выдаетъ, однако, вслѣдствіе него свое имущество виновному, напр., для того, чтобъ имѣть возможность привлечь его на скамью подсудимыхъ. Наказуемаго покушенія здѣсь никто не станетъ отрицать; но вѣдь въ приведенномъ случаѣ есть плюсъ, который не входитъ въ законный составъ покушенія—имущественная потеря—и который по общимъ началамъ характеризуетъ совершеніе.—Во 2-хъ можно замѣтить, что въ случаяхъ такого рода обманъ составляетъ не причину, а только поводъ дѣятельности потерпѣвшаго; дѣйствительная же причина ея лежитъ въ тѣхъ мотивахъ, въ силу которыхъ онъ, распознавъ обманъ, тѣмъ не менѣе рѣшился отказаться отъ своего имущества. Это возраженіе, думаемъ мы, можетъ быть сдѣлано только при весьма поверхностномъ знакомствѣ съ существомъ причины и повода.

Подъ поводомъ очевидно нельзя разумѣть отдаленныхъ, но прямыхъ причинъ послѣдствія; это количественное различіе — большая или меньшая степень отдаленности, — не можетъ быть принята наукой уже вслѣдствіе того произвола, который необходимъ по самому существу дѣла при проведеніи его.

По той же причинѣ различіе между ними не можетъ быть найдено въ степени существенности, необходимости опредѣленной причины для произведенія опредѣленнаго послѣдствія. Каждая причина, для того чтобы быть причиной, должна быть необходима для произведенія послѣдствія въ томъ видѣ, какъ оно произошло; и если она не была необходима, т. е. если она не оказала содѣйствія для произведенія такого послѣдствія, то она не стоитъ съ послѣдствіемъ ни въ какомъ отношеніи; слѣд. не можетъ быть признана ни причиной, ни поводомъ его.

Переходя къ приведенному случаю мы видимъ, что нѣтъ никакихъ основаній отрицать въ немъ наличность причинной связи только потому, что потерпѣвшій совершилъ свое дѣйствіе вслѣдствіе побужденій, самостоятельно возникшихъ въ немъ подъ вліяніемъ дѣйствій обманщика. Такія побужденія имѣютъ мѣсто и въ случаѣ, когда обманъ успѣлъ вызвать состояніе ошибки; и здѣсь дѣйствіе потерпѣвшаго совершается не непосредственно

вслѣдствіе искаженія истины (иначе всякое мошенничество оканчивалось бы полнымъ успѣхомъ для виновнаго), а вслѣдствіе тѣхъ побужденій и соображеній, которыя вызваны искаженіемъ истины, — т. е. при посредствѣ его интеллектуальныхъ силъ.

Отсюда не слѣдуетъ однако, что, между поводомъ и причиною не существуетъ никакого различія. Но различіе это лежитъ не въ отношеніи ихъ къ послѣдствію, а въ характерѣ посредствующихъ силъ, производящихъ послѣдствіе.

Никто въ самомъ дѣлѣ не говоритъ о поводѣ въ явленіяхъ міра не свободнаго, а только въ дѣйствіяхъ человѣческихъ. Электричество молніи зажигаетъ стогъ сѣна, вѣтеръ перебрасываетъ пламя, вслѣдствіе чего сгорѣла цѣлая деревня; какъ ни отдаленна связь дѣйствія электричества съ истребленіемъ деревни, однако никто не скажетъ, что молнія была поводомъ пожара: всякій видитъ въ ней причину его, хотя и не исключительную.

Съ другой стороны говорятъ только о причинѣ, а не о поводѣ, когда послѣдствіе происходитъ хотя и отъ дѣйствія человѣка, но при посредствѣ такихъ силъ, которыя приводятъ къ послѣдствію по естественнымъ законамъ необходимости; все равно, будутъ ли это законы механическіе, физическіе или органическіе. А. стрѣляетъ въ Б. и убиваетъ его; А. науськиваетъ на Б. ручнаго медвѣдя, который умерщвляетъ его; А. обманомъ побуждаетъ Б. дотронуться до сильной электрической машины, которая убиваетъ его. Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствіе А. относительно происшедшей смерти Б. единогласно признается причиною.

Напротивъ, когда посредствующею силою для произведенія того или другаго послѣдствія является свободная дѣятельность другаго лица, то разговорная терминологія запутывается; и чѣмъ больше было предоставлено простора этой посредствующей дѣятельности, чѣмъ больше нужно было умственной работы на то, чтобъ она выяснила себѣ послѣдствіе, къ которому должна стремиться, тѣмъ охотнѣе говорятъ, что первая сила была только поводомъ, а не причиною послѣдствія.

А. подкупилъ меня убить Б., что и сдѣлано мною; А. называютъ причиною смерти Б.

Я прочиталъ судебный процессъ и рѣшился написать разборъ его; судебный процессъ, говорятъ, былъ поводомъ для моей статьи.

Между тѣмъ судебный процессъ настолько же былъ необхо-

димъ для произведенія опредѣленнаго послѣдствія, какъ и подкупъ для убійства.

Выводъ изъ этого положенія для мошенничества можно формулировать слѣдующимъ образомъ:

Сила, рассчитывающая на произведеніе послѣдствія другими посредствующими силами и указывающая имъ это послѣдствіе, должна быть признана причиной его. И такъ какъ въ мошенничествѣ посредствующею силою является дѣйствіе или упущеніе потерпѣвшаго, то если виновный своею дѣятельностью указываетъ ему, что потерпѣвшій долженъ произвести такое дѣйствіе или упущеніе, причинная связь съ нимъ виновнаго не устраняется, находился-ли потерпѣвшій на самомъ дѣлѣ въ состояніи обольщенія, или нѣтъ. — Наконецъ въ 3-хъ противъ изгнанія обольщенія изъ состава мошенничества можно возразить указаніемъ на тѣ случаи, гдѣ обѣ стороны взаимно обманываютъ одна другую, и напомнить извѣстное правило гражданского права: *dolus dolo compensatur*. Но очевидно, подобный зачетъ ограничивается исключительно гражданскоправовою областью; въ уголовномъ законодательствѣ онъ упоминается всего одинъ разъ — въ дѣлахъ объ оскорбленіяхъ чести, т. е. въ такихъ, гдѣ частная сторона перевѣшиваетъ общественную.

Замѣтимъ наконецъ, что, требуя отъ мошенничества направленіе дѣйствія виновнаго на обольщеніе потерпѣвшаго, наше законодательство совершенно основательно не ставитъ наказуемость въ зависимость отъ того, успѣлъ ли на самомъ дѣлѣ виновный возбудить въ обманываемомъ ошибочное представленіе о фактахъ, или нѣтъ. Оно говоритъ о похищеніи чужаго имущества «посредствомъ обмана», а не «посредствомъ обольщенія». Согласно этому и практика относитъ къ мошенничеству случаи, въ которыхъ потерпѣвшій съ самаго начала сознавалъ обманчивость дѣйствій виновнаго; таково записываніе въ расчетную книжку обманомъ болѣе выданнаго на самомъ дѣлѣ.

§ 65. Переходимъ теперь къ другому вопросу причиной связи въ мошенничествѣ — о соотношеніи между дѣйствіемъ обманутаго и правонарушительнымъ результатомъ.

Онъ разрѣшается общимъ, указаннымъ уже правиломъ, что дѣйствіе обманутаго должно состоять въ передачѣ виновному имущественныхъ цѣнностей или знаковъ ихъ, т. е. въ уступкѣ самого предмета преступленія. Отсюда:

а) Обманъ, составляющій лишь средство для облегченія совершенія другаго, хотя бы имущественнаго преступленія, не достаточенъ для мошенничества. Таково напр. проникновеніе въ домъ подъ вымышленнымъ именемъ для совершенія кражи.

б) Обманъ, направленный на выманиваніе орудій для совершенія другаго преступленія, не превращаетъ послѣднее въ мошенничество. Напр. выманиваніе обманомъ ключей для совершенія кражи изъ запертаго хранилища.

в) Передача или уступка какъ одинъ изъ составныхъ актовъ дѣйствія мошенничества, производимый обманутымъ, состоитъ во врученіи, дозволеніи или невоспрепятствованіи виновному взять какое либо имущественное право или предметы его — матеріальныя или не матеріальныя, осязаемые или неосязаемые. Передача имущества *in corpore* изъ рукъ въ руки не требуется, такъ что рассматриваемое условіе можетъ имѣть мѣсто и относительно непринадлежащихъ виновному правъ въ такихъ предметахъ, которые уже находились до обмана въ его фактическомъ владѣніи. Но отъ передачи права на имущество должно отличать передачу уполномочія, выманиваніе котораго не составляетъ мошенничества даже въ томъ случаѣ, когда виновный добивается полученія уполномочія (напр. довѣренности на управленіе имѣніемъ, на полученіе денегъ) именно для поврежденія чужаго имущества съ корыстнымъ намѣреніемъ: здѣсь имущество повреждается не посредствомъ обмана, а посредствомъ нарушенія довѣрія. — Изъ признака передачи или уступки имущества какъ условія мошенничества слѣдуетъ, что дѣйствіе или бездѣйствіе потерпѣвшаго должно устанавливать на сторонѣ виновнаго новыя, не существующія до него отношенія къ опредѣленному имуществу. А такъ какъ судебное рѣшеніе не устанавливаетъ новыхъ отношеній, а лишь признаетъ существовавшія до него, то неправильный искъ не можетъ быть средствомъ мошенничества. Таже самая мысль прекрасно высказана к. р. IV, 609: «неправильный гражданскій искъ — говоритъ сенатъ — хотя бы онъ былъ недобросовѣстнымъ, составляетъ лишь вызовъ къ разбору на судѣ оспариваемаго права и не имѣетъ признаковъ уголовнаго обмана или мошенничества».

Въ пользу абсолютнаго выдѣленія ложныхъ показаній сторонъ въ гражданскомъ процессѣ изъ мошенничества можно привести и другія основанія. Конечно, то соображеніе, что карая ложь въ про-

цессъ законодатель требуетъ этимъ геройство отъ сторонъ ¹⁾, не можетъ быть названо убѣдительнымъ; если ложь какъ способъ нарушенія имущественныхъ правъ запрещается воообще, то нѣтъ основаній дѣлать отсюда исключеніе для отношеній процессуальныхъ. Тоже должно сказать о соображеніяхъ, сводящихъ разрѣшеніе вопроса къ народнымъ взглядамъ, т. е. къ привычкамъ, распространеннымъ въ болѣе или менѣе тѣсномъ кругу лицъ ²⁾. Еще менѣе убѣдительно замѣчаніе, что случаи этого рода не представляютъ обольщенія ³⁾: если есть обманъ, если этотъ обманъ приводитъ къ признанію вѣрнымъ—не вѣрнаго, то отрицать обольщеніе невозможно. Наконецъ нельзя признать вполне убѣдительнымъ и то соображеніе (Меркель, Гэльшнеръ), что здѣсь обманутымъ и потерпѣвшимъ является не одно и то же лицо, такъ какъ оно исходитъ изъ произвольнаго положенія о необходимости тождества ихъ; мы увидимъ, что такое тождество требовать невозможно, достаточно, чтобъ обманутый стоялъ въ опредѣленныхъ юридическихъ отношеніяхъ къ потерпѣвшему, въ силу которыхъ выманиваемое у обманутаго представляетъ сумму потери потерпѣвшаго.

Но нельзя не придать болѣе серьезное значеніе слѣдующимъ соображеніямъ. 1) Гражданскій процессъ построенъ на обвинительномъ, состязательномъ принципѣ, въ силу котораго доказательства, представляемая одною стороною, могутъ быть опровергаемы другою и судъ признаетъ достовѣрнымъ только то, что доказано сторонами. Если же мы будемъ преслѣдовать ложь въ процессѣ какъ уголовное преступленіе, то этимъ въ корнѣ подорвемъ состязательное начало гражданского процесса и превратимъ его въ розыскной, слѣдственный ⁴⁾. 2) Ложными утвержденіями сторона не отнимаетъ у другой стороны возможность опровергнуть ихъ и такъ гражданскій процессъ есть споръ противниковъ, то ясно, что каждый изъ нихъ долженъ позаботиться о средствахъ

¹⁾ Mittermaier., Gemein. deutscher bürgerl. Procesz, 2 изд. ч. I стр. 121—129.

²⁾ Geib, N. Arch. d. Crp. R. 1840 ст. 202.

³⁾ Escher, b. c. 206—210; Köstlin, Ueber die Gränzen и пр., в. м. XIV, 340 и сл.—Ешеръ приводитъ также, что утвержденія сторонъ сами по себѣ не рѣшаютъ спора, который разрѣшается формальными доказательствами, и что другая сторона имѣетъ право возражать противъ нихъ. Но дѣло въ томъ, что нерѣдко споръ (при отсутствіи формальныхъ доказательствъ) разрѣшается записательствомъ стороны, а право ея противника сводится къ нулю вслѣдствіе того, что отвѣтчикъ успѣлъ возбудить къ себѣ довѣріе его и устранить у потерпѣвшаго возможность доказать свой искъ. Эти случаи, слѣд., не разрѣшаются положеніемъ Ешера. ⁴⁾ Ешеръ, в. с. стр. 208.

борьбы, не имѣя никакого права разсчитывать, что другая сторона явится адвокатомъ его интересовъ ¹⁾).

Въ нашемъ положительномъ законодательствѣ мы также не видимъ какихъ бы то ни было основаній для уголовного преслѣдованія ложныхъ утвержденій сторонъ въ процессѣ, исключая лишь случаи подлога. Крутой переворотъ въ этомъ направленіи сдѣланъ Улож. о наказ., которое выбросило ябедническіе иски изъ уголовного кодекса, отнеся ихъ къ гражданскимъ законамъ. Судебные уставы уничтожили—вначалѣ безъ исключеній—и штрафы за неправильные иски, этотъ послѣдній остатокъ стараго взгляда. А вотъ замѣчательное постановленіе т. X ч. I зак. гражд., которое не оставляетъ никакого сомнѣнія, что завѣдомо неправильные гражданскіе иски не включаются нашимъ законодательствомъ въ составъ мошенничества:

Ст. 2018. Кто предъявить съ несостоятельнаго подложный долгъ, тотъ не только лишается всякаго требованія, но и отсылается къ суду, гдѣ, по разсмотрѣніи и обличеніи, взыскивается съ него вдвое противъ того, сколько не должнаго требовалъ, съ отдачею съ сего одной части въ пользу конкурсной массы, а другой части въ казну. Если же присужденный заплатить будетъ не въ состояніи, то отсылается къ зарабатыванію, безъ отдачи на искупленіе (продолженіе 1868 предписываетъ производить замѣну на основаніи ст. 84 и 85 Улож. о наказ. и 7 и 8 Уст. о наказ.). Сверхъ сего, о такомъ безчестномъ поступкѣ объявляется въ вѣдомостяхъ.

А если даже въ дѣлахъ о банкротствѣ и несостоятельности законодатель такъ снисходительно относится къ предъявленію завѣдомо неправильныхъ гражданскихъ исковъ, то въ другихъ случаяхъ менѣе важныхъ онъ не могъ дать права суду примѣнять къ нимъ болѣе тяжкія постановленія о мошенничествѣ. Практика наша также не относитъ неправильныхъ исковъ къ мошенничеству, что съ полною рельефностью высказано въ приведенномъ рѣшеніи

¹⁾ Германія имѣетъ богатую уголовно-юридическую литературу о ложныхъ показаніяхъ въ процессѣ. Криминалисты прежняго времени единогласно стояли за наказуемость ея, что объясняется соображеніями, приведенными въ гл. 1 ч. I моего изслѣдованія. См. напр. Menochius, de arbit. judic. quest. II cas. 314; Harpprecht, dissert. de crimine stellion. nnº. 102—109. Klien, N. A. Crim. R. I, 149 и слѣд., который замѣчаетъ, что «судья сидитъ не для того, чтобъ его обманывали» и ссылается въ подкрѣпленіе своего взгляда на римское право, откуда впрочемъ онъ могъ привести лишь, что ложъ въ процессѣ наказывалась одинаково съ нѣкоторыми видами кражи (roena duplum). Къ этому же направленію первоначально принадлежалъ и Ешеръ, Vier Abhandlungen, 90—92, и мн. др. Противъ наказуемости: Mittermaier въ примѣчаніи къ учебнику Фейербаха, 14 изд. § 412 п. 2; Gönner, въ примѣч. къ бавар. Улож. II, 231; Bauer, Lehrbuch § 269; Krug, Studien zur Auslegung d. Criminalges. f. Sachsen, Abth. II, 128; Günther, въ юрид. лексиконѣ Бейске v. Betrug (II, 87); Ешеръ, Lehre v. Betrüge, 206—210; Geib, N. A. Cr. R. 1840 стр. 202, Кестлинъ, Меркель и мн. др.

к. с. IV, 609. Но нельзя сказать, чтобъ она сумѣла поддержать это начало во всей его строгости. Ее, очевидно, смущаютъ два постановленія нашего законодательства: п. 3 ст. 174 и обманъ въ расчетѣ платежа, предусмотрѣнный ст. 173 Уст. о наказ. Подробнѣе мы остановимся на нихъ при разсмотрѣніи отдѣльных видовъ мошенничества; здѣсь же для опроверженія недоразумѣній ограничимся слѣдующими немногими замѣчаніями.

Относительно 3 п. 174 ст. Уст. должно сказать, что онъ совершенно неправильно включенъ въ ст. о мошенничествѣ. Предусматриваемое имъ дѣйствіе — не возвращеніе обезпеченія или долговой росписки при полной уплатѣ платежа или не сдѣланіе подписи о полученіи платежа — получаетъ характеръ преступленія не вслѣдствіе противозаконности взятія чужаго имущества, а вслѣдствіе противозаконности удержанія его; слѣд. всѣми своими признаками оно входитъ въ ту группу имущественныхъ преступленій, къ которой отнесены утайка и растрата ввѣреннаго. Особое же требованіе здѣсь законодателемъ намѣренія вновь потребовать уплаченное объясняется самимъ характеромъ удерживаемаго, которымъ является здѣсь долговой документъ. При чемъ это намѣреніе объявлено преступнымъ вообще, обращеніе же дѣятеля къ суду вовсе не требуется.

Ст. 173 Уст., подъ которую также иногда подводятся эти случаи (см. напр. к. р. IV, 210, 784), на самомъ дѣлѣ вовсе не имѣетъ этого значенія. Обманъ въ расчетѣ платежа долженъ предшествовать платежу, а не слѣдовать за нимъ какъ неправильный гражданскій искъ или заpirательство на судѣ въ полученіи платежа.

Изъ того общаго начала, что неправильный гражданскій искъ или заpirательство сторонъ въ процессѣ не составляетъ мошенничество, мы считаемъ возможнымъ сдѣлать слѣдующіе выводы:

а) Если даже ложь въ процессѣ не составляетъ мошенничество, то тѣмъ болѣе тѣ дѣйствія, которыя, не представляя признаковъ уголовно-преступнаго обмана, могутъ дать только поводъ къ ложнымъ заявленіямъ въ процессѣ, не должны быть включаемы въ составъ его. Я счелъ нужнымъ указать этотъ выводъ въ виду слѣдующаго, совершенно неправильнаго рѣшенія по дѣлу Макарихина (IV, 784). Макарихинъ былъ обличенъ въ томъ, что не заплатилъ сполна суммы за купленную вещь подъ предлогомъ, что не долженъ платить ее. Очевидно, дѣйствіе Макарихина составляетъ

лишь начало записательства въ гражданскомъ процессѣ, и потому примѣненіе къ нему законовъ о мошенничествѣ не имѣетъ никакихъ основаній.

β) На томъ же основаніи обманъ, направленный на полученіе средствъ доказыванія въ гражданскомъ процессѣ, не составляетъ мошенничества, хотя впрочемъ можетъ быть наказанъ какъ другое преступленіе (подлогъ, лжесвидѣтельство).

§ 56. Третій вопросъ причинной связи — о соотвѣтствіи между обманутымъ и потерпѣвшимъ отъ обмана. Прежде, когда преступленіе обмана (Betrug) характеризовалось исключительно формальнымъ моментомъ — способомъ дѣйствія, онъ не могъ возникнуть; всякое искаженіе истины, всякій обманный поступокъ получалъ характеръ мошенничества, какъ скоро онъ направлялся противъ какихъ бы то ни было и чіихъ бы то ни было правъ. Не можетъ возникать этотъ вопросъ и при томъ направленіи, которое считаетъ достаточнымъ для уголовнопреступнаго обмана намѣреніе получить противозаконную выгоду. Согласно этому къ мошенничеству относили всѣ тѣ дѣйствія, въ которыхъ заключается обманъ; напр. А. желая получить деньги въ заемъ у Б. и зная, что Б. хочетъ одолжить ихъ В., клеветаетъ Б. на В. и этимъ побуждаетъ Б. дать себѣ деньги; между тѣмъ здѣсь обманывается Б., а потерпѣвшимъ является В. — лицо совершенно для него постороннее.

Но когда выяснился характеръ мошенничества какъ преступнаго перехода имущественныхъ цѣнностей отъ одного лица къ другому, когда аналогія его съ кражей признавалась все болѣе и болѣе, то вопросъ о соотвѣтствіи обманутаго съ потерпѣвшимъ получилъ чрезвычайно важное значеніе. При разрѣшеніи его, однако, германскіе криминалисты ударились въ другую крайность, потребовавъ, чтобъ обманутымъ и потерпѣвшимъ было одно и то же лицо. Никакія юридическія отношенія между ними, по мнѣнію ихъ, не въ силахъ восполнить это тождество. Однако самые крайніе представители этого взгляда подъ потерпѣвшимъ разумѣли не исключительно собственника вещи; они удовлетворялись требованіемъ, чтобъ обманутый стоялъ въ такихъ отношеніяхъ къ вещи, которыя обязывали бы его имущественною отвѣтственностью передъ собственникомъ за потерю ея (possessor civilis), отказываясь видѣть мошенничество только при обманѣ лица, не несущаго никакого урона вслѣдствіе передачи имъ вещи другому.

Согласно этому: А. похищаетъ обманомъ вещи у Б., владѣльца ея по какому либо юридическому основанію; А. совершаетъ мошенничество.

Но если Б. лишь охраняетъ вещи собственника, напр., собственникъ привезъ на продажу сѣно, не успѣлъ продать его и оставилъ въ сараѣ у Б. до будущаго торга, то А., выманивая у него это имущество обманомъ, совершаетъ не мошенничество, а кражу.

Въ подкрѣпленіе этого взгляда приводили то положительное основаніе, что кража имѣетъ мѣсто при похищеніи вещи безъ согласія хозяина или охраняющаго ее; а такъ какъ при обманѣ дѣйствительнаго согласія нѣтъ, то — говорили — взятіе ея обманомъ есть кража; тѣмъ болѣе, что такое лицо не можетъ располагать вещью какъ своею.

Легко видѣть однако, что тоже соображеніе можетъ быть применено ко всѣмъ видамъ мошенничества; наказуемость ихъ также основывается на отсутствіи дѣйствительнаго согласія потерпѣвшаго отказаться отъ своего имущества.

Кромѣ того, между приводимыми случаями нѣтъ никакого существеннаго различія. Тамъ и здѣсь виновный похищаетъ чужое имущество; это похищеніе происходитъ посредствомъ обмана, который вызываетъ дѣйствіе или упущеніе другаго лица, имѣющаго всѣ характеристическія черты уступки имущества. Поэтому мошенничество можетъ быть признано не только при тождествѣ обманутаго съ потерпѣвшимъ, но и при существованіи между ними особыхъ юридическихъ отношеній по поводу предмета похищенія; таковы отношенія по довѣренности, по поклажѣ, по закладу, по охраненію чужаго имущества и т. п., въ силу которыхъ потерпѣвшій имѣетъ право именно на то имущество, которое выдается обманутымъ вслѣдствіе обмана.

Правило это признается и нашимъ законодательствомъ. Оно караетъ напр. мошенническое обыгрываніе независимо отъ того, принадлежатъ ли проигранныя деньги обманутому или другому лицу; наказуемость продажи чужаго имѣнія не ставится въ зависимость отъ того, выдаетъ ли деньги самъ покупатель или его повѣренный. Тоже признано и к. с., отнесшимъ къ мошенничеству обманъ слуги для полученія шубы его господина, обманъ кассира банка для полученія денегъ изъ банка (IV, 137), обманъ банка о потерѣ переданнаго другому лицу билета для лишенія

этого лица возможности получить деньги по билету (IV, 137) и другія.

§ 67. Наконецъ, между имущественной потерей на одной и имущественной прибылью на другой сторонѣ должно существовать отношеніе тождества.

Это основывается на общихъ условіяхъ мошенничества и на аналогіи его съ кражей. Тамъ и здѣсь требуется похищеніе; а понятіе похищенія обманомъ, выманиванія необходимо предполагаетъ передачу имущественныхъ цѣнностей однимъ лицомъ другому. Признакомъ этимъ мошенничество рѣзко отличается отъ многихъ другихъ обманныхъ дѣйствій, каковы контрафакція, поддѣлка знаковъ фабричныхъ фирмъ и т. под.

Однако требуя это тождество, необходимо помнить то значеніе, какое указано выше для имущественной потери и для имущественной прибыли. Такъ:

1) имущественная потеря отличается отъ имущественныхъ убытковъ, обнимая лишь потерю цѣнности, переходящей къ другому лицу независимо отъ полученія ожидавшихся отъ нея выгодъ.

2) Съ другой стороны подъ имущественною прибылью слѣдуетъ разумѣть лишь переходящее къ виновному имуществу, безъ вычета затратъ, сдѣланныхъ на пріобрѣтеніе его и выгодъ, въ послѣдствіи извлеченныхъ изъ него, и притомъ независимо отъ того, воспользовался ли онъ ею исключительно или вмѣстѣ съ другими лицами. Тождество прибыли съ потерей такимъ образомъ имѣетъ мѣсто тогда, когда пріобрѣтаемое въ слѣдствіе обмана одною стороною, теряется другой тоже въ слѣдствіе обмана; слѣд., различіе интереса, который каждая изъ сторонъ могла имѣть въ этомъ имуществѣ, не устраняетъ тождества потери съ прибылью.

Слѣдующіе примѣры могутъ служить для разъясненія различныхъ недоразумѣній по этому вопросу.

Редакторъ газеты, спекулируя на биржѣ, уговорилъ своихъ корреспондентовъ присылать себѣ ложныя, но ловкія извѣстія, могущія вліять на быстрое измѣненіе биржевыхъ цѣнъ, и сообщаетъ эти извѣстія въ видѣ телеграммъ. Положимъ, что въ слѣдствіе одной изъ такихъ телеграммъ цѣна опредѣленныхъ акцій поднялась на 3% и ихъ было куплено на 10,000 руб.; значитъ сумма ущерба покупателей равняется 300 р. Если всѣ эти акціи проданы редакторомъ газеты или его сподручниками, то сумма

прибыли также составляет 300 руб.; если, напротивъ, только часть ихъ продана редакторомъ, напр., на 5,000 руб., то сумма прибыли 150 р. Но не смотря на это различіе общей суммы потери съ прибылью, онѣ остаются тождественными именно въ томъ смыслѣ, что виновный приобрѣлъ себѣ то, что принадлежало другимъ лицамъ, хотя его обманомъ воспользовались также другіе, которые не могутъ быть обвинены въ мошенничествѣ, если не признаны участвовавшими въ обманѣ сообщеніемъ его въ газету или общностью дѣйствій съ редакторомъ. Поэтому въ послѣднемъ случаѣ редакторъ долженъ быть наказанъ за мошенничество на сумму 150 р. и за истребленіе чужаго имущества обманомъ также на сумму 150 руб., если послѣднее наказуемо въ данномъ случаѣ.

Такое разрѣшеніе вопроса, нѣсколько натянутое, объясняется невозможностью точнымъ образомъ установить цифру преступленія, которое направляется противъ всего общества безъ различія, кто именно будетъ потерпѣвшимъ. Здѣсь — какъ мы указывали выше — необходимо установить наказаніе, не ставя его въ зависимость отъ цѣны нарушенія даже тогда, когда въ законодательствѣ этому обстоятельству придается такое значеніе.

Приведемъ теперь примѣръ, гдѣ прибыль не тождественна съ потерей.

А. побудилъ обманомъ Б. выѣхать изъ города, за что получилъ отъ Б. 300 р. Здѣсь обманомъ произведенъ ущербъ на сторонѣ Б., полученные же В. деньги не имѣютъ ничего общаго съ потерей, которой подвергается Б. Б.—взяточникъ, отъ котораго зависитъ раздача мѣстъ по государственной службѣ; А. обманомъ склоняетъ его дать себѣ мѣсто безъ взятки. Прибыль А. состоитъ въ полученіи мѣста, потеря Б.—въ неполученіи взятки. Въ обоихъ случаяхъ нѣтъ мошенничества вслѣдствіе отсутствія тождества между потерей и прибылью.

ГЛАВА V.

ВЫШНІЯ СТУПЕНИ МОШЕННИЧЕСТВА.

§ 68. Моментъ совершенія мошенничества.— § 69. Правильное примѣненіе теоріи завладѣнія требуетъ, чтобъ было обращено вниманіе на моменты изъятія имущества изъ владѣнія хозяина и завладѣнія имъ виновнымъ.— § 70. Ступени неоконченнаго преступленія и начала для разграниченія ихъ.— § 71. Приготовление въ мошенничествѣ. Выпускъ въ продажу обманчивыхъ предметовъ.— § 72. Неоконченное покушеніе.— § 73. Опроверженіе взгляда, будто мошенничество не имѣетъ наказуемаго покушенія (дѣло Гурѣвой).— § 74. Покушеніе оконченное; обманы въ безразличныхъ обстоятельствахъ не представляютъ условій покушенія.

§ 68. Мошенничество, какъ и другія преступленія, можетъ быть оконченнымъ или неоконченнымъ. Въ первомъ случаѣ говорятъ о совершеніи мошенничества, во второмъ — объ изъявленіи мысли, приготовленіи и покушеніи на него.

Опредѣленіе момента совершенія мошенничества не представляетъ никакихъ затрудненій, какъ скоро со всей точностью установленъ предметъ его. Въ самомъ дѣлѣ въ законодательствахъ, видящихъ въ мошенничествѣ нарушеніе чужаго имущества, совершеніе его признается лишь съ момента дѣйствительнаго нарушенія его, перехода имущества изъ обладанія потерпѣвшаго. Таковы постановленія англо-американскаго и французскаго права и тѣхъ нѣмецкихъ уложеній, которыя не запутывали предмета мошенничества включеніемъ въ него другихъ постороннихъ элементовъ.

Иначе ставится вопросъ, когда предметомъ мошенничества признается не чужое имущество, а право на истину какъ самостоятельное или какъ условіе охраны другихъ правъ, или свобода распознавательной способности обманутаго. Логически проводя начало о правѣ на истину какъ самостоятельномъ предметѣ мошенничества, совершеніе его слѣдуетъ признать съ момента совершенія обманнаго дѣйствія ¹⁾. Если же въ правѣ на истину какъ

¹⁾ Выше мы видѣли, что этотъ необходимый выводъ не былъ сдѣланъ послѣдователями этой школы для всѣхъ видовъ обмана. См. часть I.

предметъ мошенничества видѣть условіе существованія другихъ правъ, то совершеніе должно быть признано съ момента наступленія обольщенія ко вреду чужихъ правъ, хотя бы дѣйствительное нарушеніе ихъ еще не имѣло мѣста. Такъ Клинь ¹⁾ требуетъ лишь нарушеніе права въ самомъ обширномъ смыслѣ, признавая излишнимъ требованіе вреда въ смыслѣ потери имущественныхъ цѣнностей, какъ при кражѣ и подобныхъ ей преступленіяхъ. Таже мысль сквозитъ у Фейербаха въ его критикѣ проекта Клейншрода (III, 92); здѣсь онъ различаетъ правонарушеніе отъ поврежденія имущественной сферы, считая послѣднее не существеннымъ для понятія совершенія и видя полное правонарушеніе въ наступленіи ошибки ко вреду правъ другого лица ²⁾ Теорія насилія распознавательной способности, которая въ концѣ концовъ оказалась относящеюся исключительно къ подлогу, требовала употребленіе обмана противъ опредѣленной личности какъ условіе совершенія его. Но для обмана въ смыслѣ мошенничества она указывала недостаточность этого требованія, ставя на его мѣсто наличность дѣйствительнаго правонарушенія ³⁾.

Эти недоразумѣнія не устранились вполне и тогда, когда предметъ мошенничества начали ограничивать только нарушеніями имущественными. Нѣмецкіе криминалисты, ссылаясь на требованіе римскимъ правомъ для стелліоната «*damnum*» вообще безъ опредѣленія его въ точности, указывали, что совершеніе мошенничества не тождественно съ моментомъ совершенія кражи. Они замѣчали *damnum*, нарушеніе цѣлости имущественной сферы, и въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій вслѣдствіе обмана уже выдалъ на себя какое либо юридически дѣйствительное обязательство, хотя бы виновный еще не успѣлъ исполнить его. Противъ этого, однако, справедливо замѣтили ⁴⁾, что правонарушеніе какъ условіе совершившагося мошенничества предполагаетъ полное

¹⁾ Klien, въ N. A. Cr. R. I, 231 и слѣд.

²⁾ О взглядѣ, проведенномъ имъ въ учебникѣ, гдѣ для различныхъ видовъ мошенничества устанавливаются различные моменты совершенія, см. ч. I стр.

³⁾ Такъ уже Прейшенъ, в. с. 53 ставитъ это требованіе на томъ основаніи, что въ простомъ обманѣ нѣтъ объективно остающейся лжи. Но отсюда встрѣчаются и уклоненія; см., напр., Ненке, в. с. III, 23, по мнѣнію котораго совершеніе поступаетъ и здѣсь съ момента обманнаго дѣйствія. Abegg, Lehrbuch 1836 § 200, выставляя въ общемъ правилѣ, что мошенничество признается совершившимся съ наступленія обольщенія, измѣняетъ его для обмановъ въ договорахъ моментомъ заключенія договора, а для обмановъ въ мѣрахъ и товарахъ — моментомъ употребленія ложныхъ мѣръ и наступленія вреда.

⁴⁾ Ешеръ, в. с. 139 и слѣд.

нарушеніе опредѣленнаго права, между тѣмъ какъ если вещь еще остается во владѣніи потерпѣвшаго, его имущественная цѣлость оказывается не вполне нарушенною. Къ этому мотиву можно прибавить другой для тѣхъ законодательствъ, которыя ставятъ условіемъ мошенничества корыстное намѣреніе. Корысть въ уголовно-юридическомъ смыслѣ, видѣли мы, означаетъ стремленіе получить господство надъ чужою вещью; пока это стремленіе не осуществилось, т. е. пока виновный не подчинилъ чужую вещь своему господству, до тѣхъ поръ невозможно говорить объ оконченомъ корыстномъ преступленіи ¹⁾.

Всѣ эти мотивы цѣликомъ примѣняются къ нашему положительному праву. Оно 1) ставитъ мошенничество въ ряду преступленій противъ собственности; 2) общее опредѣленіе мошенничества, предлагаемое ст. 1665 Улож., требуетъ для полноты его состава «похищеніе чужаго имущества», т. е. дѣйствительный переходъ имущественныхъ цѣнностей изъ обладанія одного въ обладаніе другого. Очевидно, что это общее опредѣленіе обязательно для всѣхъ отдѣльныхъ видовъ мошенничества, или по крайней мѣрѣ такихъ, которые называются мошенничествомъ самимъ закономъ. Поэтому въ опредѣленіи отдѣльныхъ видовъ законодатель вовсе не былъ обязанъ снова повторяться этимъ требованіемъ, не подрывая вовсе необходимости его. Такое правило толкованія признано безспорнымъ судебною практикою всѣхъ западно-европейскихъ государствъ ²⁾, но наша, къ сожалѣнію, весьма нерѣдко забываетъ его. Правда, большею частью это происходитъ именно отъ забывчивости въ буквальномъ смыслѣ, т. е. на судѣ вовсе не возникаетъ вопроса, составляетъ ли данное дѣйствіе виновнаго покушеніе или совершеніе. Такъ, неозначеніе на условіи полученія виновнымъ денегъ съ намѣреніемъ вновь потребовать уплаченное (II, 132), записываніе въ расчетную книжку болѣе отпущеннаго (II, 551; IV, 316), нахожденіе въ постояломъ дворѣ вина, разлитаго въ невѣрныя мѣры (V, 129), взятіе обманомъ долговыхъ росписокъ на другихъ лицъ безъ по-

¹⁾ Кромѣ того, криминалисты Германіи, ограничивающіе мошенничество имущ. нарушеніями, — отмѣтимъ въ ряду ихъ Бауера — ссылаются на источники общегерманскаго права, говоря, напр., что стелліонатъ римскаго права по аналогіи съ *actio doli* необходимо требовалъ наступленіе дѣйствительнаго вреда и что Каролина (art. 160) караетъ лишь обманы, «причиняющіе вредъ» (*schädlich*).

²⁾ О прусской, см. Oppenhoff n^o. 1 къ § 243.

лученія платежа (II, 571) наказаны какъ совершившееся мошенничество только потому, что о покушеніи во всѣхъ этихъ случаяхъ вовсе не возникалъ вопросъ; здѣсь, такимъ образомъ, дѣло объясняется простымъ недосмотромъ. Но въ одномъ случаѣ этотъ вопросъ получилъ неправильное разрѣшеніе, будучи прямо поставленъ суду. Онъ, впрочемъ, касался п. 3 ст. 174 Уст. о Наказ., который обнимаетъ скорѣе утайку, чѣмъ мошенничество. Мы говоримъ о кас. р. II, 153, которымъ признано, что неозначеніе платежа на роспискѣ съ намѣреніемъ вновь потребовать уплаченное считается совершившимся не съ момента неозначенія платежа, но и не съ момента дѣйствительнаго полученія чужаго имущества, а съ момента представленія росписки ко взысканію. Такое толкованіе въ высшей степени произвольно и потому невѣрно; п. 3 ст. 174 Уст. составляетъ лишь одинъ изъ видовъ корыстныхъ имущественныхъ преступленій, для совершенія которыхъ требуется дѣйствительный переходъ имущественныхъ цѣнностей (ст. 1665, 1681 Улож.), а дѣятельность, направленная къ этому и не успѣвшая еще достигнуть желаемого результата, составляетъ лишь неоконченное преступленіе. Спѣшимъ оговориться однако, что гораздо чаще въ сенатской кас. практикѣ проводится вѣрный взглядъ на совершеніе мошенничества. Въ кк. рр. 1868 №№ 804 и 865 признано, что мошенничество можетъ быть рассматриваемо какъ совершившееся съ момента перехода, завладѣнія чужимъ имуществомъ; полученіе же какихъ нибудь знаковъ, дающихъ право требовать чужое имущество, еще недостаточно для признанія мошенничества совершившимся. Такъ Павловъ, взявъ отъ Иванова 3 ярлыка на принадлежащій послѣднему овесъ подъ предлогомъ показать эти ярлыки покупателю, скрылся съ ними изъ трактира съ намѣреніемъ воспользоваться по этимъ ярлыкамъ овсомъ Иванова, но не успѣлъ въ своемъ намѣреніи, потому что вскорѣ былъ задержанъ. Сенатъ (IV, 339) увидѣлъ здѣсь только покушеніе, а не совершеніе. — Наконецъ, въ пользу признанія мошенничества совершившимся лишь съ момента дѣйствительнаго перехода имущества отъ потерпѣвшаго къ виновному нельзя не указать также, что по мысли закона мошенничество есть разновидность кражи. Таково его историческое развитіе, тотъ же характеръ носить и современное положеніе его. Поэтому при отсутствіи прямого въ законѣ запрещенія переносить признаки одной на другое, судъ имѣетъ право взаимно восполнять ихъ. Впро-

чемъ въ данномъ случаѣ вопросъ такъ ясенъ, что даже не требуетъ примѣненія аналогической дѣятельности.

И такъ, мошенничество слѣдуетъ признавать совершившимся съ момента дѣйствительнаго перехода имущества отъ одной стороны къ другой, съ момента полученія надъ нимъ господства. Но какъ показала практика кражи, наличность этого момента во многихъ случаяхъ можетъ быть очень спорна.

§ 69. Наше законодательство видитъ совершеніе корыстныхъ имущественныхъ преступленій не въ прикосновеніи вещи ¹⁾, не въ уносѣ ея, а въ завладѣніи ею ²⁾. И если принять во вниманіе двойственность преступнаго послѣдствія въ этихъ преступленіяхъ, то мы увидимъ:

1) Для совершенія ихъ необходима потеря владѣнія вещью ея хозяиномъ. До тѣхъ поръ, пока вещь не вышла изъ его владѣнія, не можетъ быть рѣчи о совершеніи. Но наличность этого признака восполняетъ лишь одну сторону преступнаго послѣдствія — имущественную потерю, не покрывая другой — полученіе господства надъ вещью виновнымъ. Поэтому 2) необходимо, чтобъ виновный успѣлъ уже завладѣть чужимъ имуществомъ. Эти условія чрезвычайно ясно признаны въ к. р. по дѣлу Тюркова (II, 191). Здѣсь к. с. опровергаетъ взглядъ прокуратуры, согласно которому корысть въ кражѣ имѣетъ будто бы лишь значеніе корыстнаго побужденія, реализированіе котораго не требуется для признанія кражи совершившеюся и признаніе ея такою имѣетъ мѣсто, какъ скоро осуществился преступный умыселъ изъять вещь изъ обладанія ея владѣльца. Онъ призналъ, напротивъ, необходимость совмѣстнаго существованія указанныхъ моментовъ, справедливо основываясь на признакѣ «похищенія». «Для совершенія преступления кражи нужно — замѣтилъ онъ — чтобы преднамѣренное виновнымъ похищеніе чужихъ вещей на самомъ дѣлѣ послѣдовало, т. е. чтобы похищенные вещи изъ владѣнія хозяина на самомъ дѣлѣ перешли во владѣніе похитителя, или по крайней мѣрѣ были поставлены въ такое положеніе, что по понятію о правѣ собственности на движимыя имущества (ст. 534 т. X ч. I) могли быть почитаемы находящимися во владѣніи у вора.»

Но если невѣрно придавать исключительное значеніе первому моменту въ ущербъ втораго, то съ другой стороны не можетъ

¹⁾ Подробно о ней см. у Zirkler'a, N. A. Cr. R. 1840.

²⁾ Кк. пр. II, 191; III, 274; IV, 750 и 801.

быть признано вѣрнымъ отодвинутіе на задній планъ перваго момента уже потому, что при этомъ второй можетъ получить неправильное разрѣшеніе, какъ дѣйствительно и случилось въ кассационной практикѣ. Совершеніе такихъ преступленій требуетъ изъятіе вещи изъ владѣнія одного во владѣніе другого, что необходимо предполагаетъ окончаніе владѣнія на сторонѣ потерпѣвшаго и возникновеніе его на сторонѣ виновнаго. Отсюда слѣдуетъ, что для разрѣшенія общаго вопроса о совершеніи нужно разрѣшеніе двухъ частныхъ: вышла ли вещь изъ владѣнія потерпѣвшаго? перешла ли она во владѣніе виновнаго? При чемъ разсмотрѣніе втораго предполагаетъ уже утвердительное разрѣшеніе перваго.

Вотъ почему я не могу согласиться съ взглядомъ сената, согласно которому взятіе въ свои руки или начатіе складывать въ свой мѣшокъ чужихъ вещей, не выходя изъ квартиры хозяина, представляетъ наличность условій совершенія кражи (кк. рр. III, 274; IV, 750 и 801). Сенатъ ссылается на ст. 534 т. X ч. I зак. гражд.: «движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано», но именно смыслъ слова «владѣетъ» здѣсь и требуетъ разъясненія. Несомнѣнно, эта ст. разумѣетъ владѣніе фактическое. Но нельзя не замѣтить, что въ нашемъ правѣ владѣніе имѣетъ двоякій смыслъ: оно или означаетъ право отдѣльное и существующее рядомъ съ правомъ собственности — и въ такомъ случаѣ «онаго пространство, пожизненность или срочность опредѣляются тѣмъ самымъ актомъ, которымъ оно установлено» (ст. 514); — или подъ владѣніемъ разумѣется обладаніе находящеюся у лица вещью, хотя бы, впрочемъ, оно условливалось незаконнымъ титуломъ. Но не всякое держаніе вещи, не всякое взятіе ея къ себѣ устанавливаетъ понятіе владѣнія въ этомъ послѣднемъ смыслѣ, единственно важномъ для преступленій имущественныхъ. Съ одной стороны, для этого необходимо опредѣленное направленіе воли берущаго. Столяръ-работникъ производитъ столярное мастерство въ квартирѣ своего хозяина его инструментами; онъ держитъ эти инструменты въ рукахъ, но онъ не владѣетъ ими: иначе похищеніе ихъ слѣдовало бы разсматривать какъ утайку, а не какъ кражу. — Слѣд., для владѣнія вещью, даже фактическаго, необходимо намѣреніе связать судьбу вещи съ своею волею, располагать ею какъ своею. Но съ другой стороны для этого не менѣе необходимо опре-

дѣленное отношеніе къ предшествовавшему владѣнію, которое выражается признакомъ, чтобъ прежнее владѣніе исключалось новымъ. И такъ какъ вещи, находящіяся въ квартирѣ лица, т. е. въ занимаемомъ имъ помѣщеніи вообще, считаются находящимися въ его владѣніи — напомнимъ рѣшеніе сената, признаваго взятіе полотеромъ рубля съ пола натираемой имъ квартиры кражею, а не присвоеніемъ находки, — точно также какъ платокъ, находящійся въ его карманѣ, то похищеніе вещи изъ квартиры не можетъ быть признано совершившимся, пока вещь не вынесена изъ этой квартиры или вообще изъ такого помѣщенія, въ которомъ она находится по желанію хозяина. — Легко видѣть однако, что, требуя вынесеніе вещи, мы далеки отъ теоріи уноса; требованіе это мы находимъ нужнымъ выставить только для болѣе послѣдовательнаго примѣненія теоріи завладѣнія, въ силу которой изъятіе вещи изъ чужаго владѣнія составляетъ неперемѣнное условіе совершенія. Какъ лицо не можетъ быть признано утратившимъ владѣніе своего платка, лежащаго въ его карманѣ, только потому, что воръ успѣлъ просунуть свою руку въ его карманъ и обнять ею весь платокъ не вынимая его, такъ и хозяинъ квартиры не можетъ быть признанъ утратившимъ владѣніе вещью, которая еще находится въ его квартирѣ. Здѣсь можно говорить только о покушеніи на кражу.

Замѣчу однако, что въ мошенничествѣ вопросъ о завладѣніи представляется не на столько спорнымъ какъ въ кражѣ. Причина заключается въ томъ, что здѣсь владѣніе передается виновному самимъ потерпѣвшимъ, такъ что предположеніе потери владѣнія и пріобрѣтенія его другою стороною существуетъ уже въ моментъ самой передачи или уступки имущества. Кромѣ того, моментъ завладѣнія не имѣетъ здѣсь такого значенія и потому, что — какъ мы видѣли — мошенничество возможно даже относительно имущества, которое до него находится уже во владѣніи виновнаго, лишь бы ему не принадлежало выманиваемое право на это имущество. — Завладѣніе означаетъ лишь полученіе господства надъ вещью; успѣлъ-ли виновный пріобрѣсти уже какую либо выгоду изъ взятаго имущества или не успѣлъ, другими словами — успѣлъ-ли онъ уже распорядиться ею по своему желанію или нѣтъ, это для понятія завладѣнія безразлично. Отсюда уже легко отвѣтить на вопросъ: когда слѣдуетъ признавать мошенничество въ тѣхъ слу-

чаяхъ, гдѣ предметомъ его является не право собственности въ полномъ объемѣ, а одна изъ составныхъ частей его?

А. обманомъ побудилъ Б. дать себѣ бесплатно квартиру въ его домѣ, или наемное право на его землю, или право полученія процентовъ на капиталъ во 100,000 въ теченіи одного года. Слѣдуетъ ли здѣсь видѣть совершеніе съ момента въѣзда въ квартиру, или начала осуществленія наемнаго права на землю и права получать проценты, или же оно должно быть отодвинуто до момента полного осуществленія виновнымъ полученнаго права?

Имущественное право потерпѣвшаго здѣсь нарушено вполнѣ уже съ момента начатія реализированія того права, которое перешло къ виновному посредствомъ обмана. Съ этого именно момента переданное имущественное право признается перешедшимъ во владѣніе, въ собственность виновнаго. Дальнѣйшее осуществленіе его есть лишь вопросъ полученія виновнымъ выгоды отъ своего преступленія.

Хотя, какъ замѣчено выше, общее требованіе нашимъ законодательствомъ перехода владѣнія имущества къ виновному обязательно и для отдѣльныхъ видовъ мошенничества, но нашему праву знакомы нѣкоторые виды имущественнаго обмана, которые оно до сихъ поръ не рѣшилось включить въ мошенничество. Здѣсь установлены нѣкоторыя исключенія изъ общаго правила и, между прочимъ, изъ правила о моментѣ совершенія.

Такъ обманъ для побужденія къ дачѣ обязательствъ (ст. 1688 Улож.) не требуетъ перехода къ виновному имущественныхъ цѣнностей и признается совершившимся съ момента выдачи обязательства и окончанія всѣхъ необходимыхъ по заключенію его формальностей. При чемъ если окажется, что по недосмотру сторонъ упущены такія формальныя условія по его заключенію, при которыхъ оно не обязательно для обманутаго по закону, то можетъ быть рѣчь только о покушеніи. Тоже замѣчаніе относится къ ст. 518 и 1689 Улож.

Обманъ для введенія страховаго общества въ ошибку признается совершившимся съ момента употребленія его противъ страховаго общества, такъ что дѣйствительное полученіе его имущества здѣсь не требуется (ст. 1195).

Напротивъ, во всѣхъ другихъ случаяхъ мошенничества, разбросанныхъ по разнымъ мѣстамъ Уложенія совершеніе пред-

полагаетъ дѣйствительный переходъ имущества потерпѣвшаго къ виновному; такъ:

Продажа и закладъ чужаго, заложеннаго, секвестрованнаго или вымышленнаго имѣнія обязываетъ виновнаго возвратить взятые за противозаконную продажу деньги, слѣд. ставить дѣйствительное полученіе денегъ условіемъ совершенія (ст. 1699, 1700, 1705 Улож.).

Предъявленіе поставщиками въ казну денегъ вмѣсто условленныхъ вещей по уговору съ пріемщикомъ предполагаетъ для совершенія полученіе поставщикомъ платежа отъ казны (ст. 493 Улож.).

Передача другому лицу случайно полученныхъ фальшивыхъ ассигнацій и монеты должна быть передачею «подъ видомъ настоящей», что предполагаетъ для совершенія полученіе виновнымъ эквивалента (ст. 567, 576).

§ 70. Область неоконченнаго преступленія распадается на изъясненіе мысли и внѣшнее дѣйствіе (приготовленіе и покушеніе).

Изъясненіе мысли совершить мошенничество можетъ быть произведено всякими дѣйствіями, которыя, не переходя въ исполненіе или облегченіе исполненія задуманнаго, свидѣтельствуя о желаніи виновнаго совершить это преступленіе. Таковы похвальба, угрозы, высказываніе виновнымъ своего желанія на словахъ или на письмѣ; сюда же положительнымъ опредѣленіемъ нашего законодательство отнесень уговоръ нѣсколькихъ лицъ о совершеніи преступленія общими силами (ст. 122 Улож.). Умыселъ на мошенничество не наказуемъ (к. р. II, 117).

Приготовленіе и покушеніе, составляя лишь послѣдовательныя ступени внѣшняго дѣйствія, глубоко различаются между собой по своей важности для общественнаго правосостоянія. Первое какъ внѣшнее дѣйствіе, направленное не на исполненіе самаго преступленія, а только на облегченіе его исполненія пріисканіемъ или приготовленіемъ орудій совершенія, обыкновенно не интересуется уголовного законодателя.

Но опредѣленіе границъ, съ которыхъ начинается покушеніе, разбиваетъ всѣхъ криминалистовъ на множество отдѣльных направленій, которыя представляются чрезвычайно запутанными главнымъ образомъ въ виду того, что германская литература—это первенствующее поле юридическихъ преній—долго употребляла для приготовленія и покушенія одно общее названіе. Какъ бы

то ни было, онѣ могутъ быть сведены къ тремъ группамъ: группа объективная, субъективная и посредствующая.

Объективныя теоріи относятъ къ покушенію ту направленную на совершеніе преступленія дѣятельность, которая входитъ въ составъ намѣреннаго преступленія и направляется прямо, непосредственно на преступное послѣдствіе. Онѣ явились раньше другихъ и въ послѣднее время съ успѣхомъ держатся на почвѣ французскаго права, хотя впрочемъ послѣднее значительно умѣряетъ ихъ субъективнымъ вліяніемъ.

Субъективисты возражаютъ противъ нихъ, что покушеніе для законодателя важно не какъ дѣйствіе, непосредственно направленное на совершеніе, а какъ выраженіе во внѣ преступной воли; что она можетъ выражаться съ полною ясностью даже въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя не входятъ въ составъ преступленія; что этотъ послѣдній признакъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, не нуженъ и не всегда можетъ свидѣтельствовать о достаточной степени преступной энергіи, интересующей законодателя въ покушеніи. Въ виду этихъ соображеній они считаютъ возможнымъ признавать покушеніемъ всякое дѣйствіе, предпринимаемое съ намѣреніемъ совершить опредѣленное преступленіе и свидѣтельствующее о проявленіи во внѣ такого намѣренія.

Есть мнѣніе—ему въ одномъ случаѣ поддался и уголовный кас. сенатъ,—что нашъ Государственный Совѣтъ проводитъ именно эту послѣднюю теорію. Оно приводитъ одинъ примѣръ изъ его практики, гдѣ «заказъ рѣзчику печати земскаго суда, съ намѣреніемъ составить подложный для себя паспортъ, есть не приготовленіе, а покушеніе на подлогъ, хотя заказъ печати не имѣлъ еще никакой непосредственной связи съ составленіемъ подложнаго паспорта» (соображенія прокурора въ к. р. V, 282). Мнѣніе это, очевидно, имѣетъ въ виду рѣшеніе Госуд. Совѣта по дѣлу Банковскаго (Сборн. стр. 73), лишь нѣсколько извращая его. Печать земскаго суда была не только заказана, но уже сдѣлана. При томъ, если за это рѣшеніе въ чемъ либо можно упрекнуть Госуд. Совѣтъ, то никакъ не за крайній субъективизмъ; здѣсь, напротивъ, мы видимъ преобладаніе объективнаго взгляда. Стоитъ только припомнить, что въ нашемъ законодательствѣ поддѣлка казенныхъ или частныхъ печатей приравнивается поддѣлкѣ актовъ, для которыхъ эти печати предназначаются.

Какъ бы то ни было, и субъективный взглядъ вдается въ край-

ность. Безспорно, что законодателя главнымъ образомъ интересуе́тъ энергія преступной воли, и что начало исполненія само по себѣ еще не доказываетъ ее и не отрицаетъ наличности ея до этого момента; эта мысль прекрасно развита Чебышевымъ-Дмитріевымъ въ его этюдѣ «о покушеніи». Не подлежитъ также сомнѣнію, что признакъ непосредственнаго направленія дѣйствія на преступное послѣдствіе весьма сбивчивъ, особенно для тѣхъ нерѣдкихъ случаевъ, гдѣ между дѣйствіемъ виновнаго и послѣдствіемъ стоятъ посредствующія постороннія силы. Здѣсь, идя послѣдовательно за объективнымъ взглядомъ, никогда нельзя допустить преступное покушеніе. Однако не менѣе ошибочно положеніе субъективистовъ, будто бы внѣшнее дѣйствіе въ покушеніи нужно лишь для того, чтобъ дать поводъ уголовному правосудію покарать преступную волю; — будто бы воля дѣятеля составляетъ не только первенствующее, но даже исключительное основаніе кары, для котораго внѣшнее дѣйствіе даетъ лишь возможность доказать наличность преступной воли. Будь это вѣрно, то не только покушеніе, но и самое отдаленное приготовленіе и даже изъявленіе умысла подлежали бы наказуемости, какъ скоро изъ какихъ бы то ни было внѣшнихъ актовъ лица можно было съ извѣстною долею достовѣрности заключить о его затаенномъ желаніи.

На самомъ дѣлѣ мы видимъ противное. Покушеніе наказывается не потому, что на основаніи его можно констатировать преступную волю внѣшними фактами, а потому, что дѣятель въ своей дѣятельности переступилъ рубежъ, до котораго его дѣйствіе не подлежитъ наказанію, но начиная съ котораго оно обращаетъ на себя серьезное вниманіе уголовного закона. Въ самомъ дѣлѣ, слѣдя внѣшній ходъ всякаго преступнаго дѣйствія, мы легко замѣтимъ въ немъ слѣдующія рѣзко выдающіяся ступени:

Виновный сперва озабочивается о возможности совершить преступленіе и объ облегченіи совершенія его. Можетъ статься, что эти его заботы такъ явны, изъ совокупности ихъ такъ такъ рельефно выдается преступное намѣреніе, что только слѣпой не увидитъ его. Но въ общемъ правилѣ пока виновный ограничивается этою дѣятельностью, на него законодатель смотритъ сквозь пальцы. Мы не умѣемъ объяснить это другимъ мотивомъ кромѣ исторической причины установленія наказуемости за покушеніе, которую составляетъ, по свидѣтельству наказа Екатерины II, за-

бота о безопасности охраняемых законом отношеній. Законодатель не считает ихъ въ дѣйствительной опасности пока виновный работаетъ, такъ сказать, вдали отъ нихъ, пока онъ не выступаетъ противъ нихъ самихъ.

И вотъ другую ступень образуетъ та дѣятельность, когда виновный, закончивъ по своему мнѣнію заботы о возможности совершения и объ облегченіи его, направляетъ запасъ своихъ преступныхъ силъ противъ жертвы преступленія въ лицѣ гарантированныхъ ей уголовнымъ закономъ отношеній.

Наконецъ третью ступень, заканчивающую неоконченное преступленіе, образуетъ тотъ актъ направленной на жертву преступленія преступной дѣятельности, которымъ завершается участіе виновнаго въ произведеніи преступнаго послѣдствія. Причемъ опять спорять, должно ли понимать этотъ актъ окончательнымъ въ субъективномъ, объективномъ или посредствующемъ смыслѣ.

Первая изъ указанныхъ ступеней есть приготовленіе; вторая — неоконченное покушеніе; третья — покушеніе оконченное. Тамъ, гдѣ законъ не требуетъ для совершения наличность матеріальнаго послѣдствія, эта третья ступень составляетъ уже совершеніе; вотъ почему г. Неклюдовъ не безъ основанія называетъ его «неудавшимся совершеніемъ»¹⁾. Въ виду указанного мотива первая освобождена отъ наказанія²⁾, вторая и третья подлежатъ ему.

Различіе между второй и третьей ступенями, въ свою очередь, лежитъ исключительно въ меньшей или большей близости къ совершенію, которою въ свою очередь обусловливается возможность или невозможность отказа отъ исполненія. Это начало признается и русскимъ правомъ; опредѣляя покушеніе вообще какъ такое дѣйствіе, которымъ начинается или продолжается приведеніе злаго намѣренія въ исполненіе, подъ покушеніемъ оконченымъ оно разумѣетъ такое, гдѣ со стороны виновнаго сдѣлано все что онъ считалъ нужнымъ для совершения (ст. 9 и 115 Улож.). Но изъ моихъ непродолжительныхъ судебнопрактическихъ занятій я успѣлъ убѣдиться, что наша практика не столько придаетъ значенія этому признаку разграниченія — быть можетъ вслѣдствіе трудности установленія его, — сколько другому совершенно несущественному. Дѣло въ томъ, что въ ст. 114 о неоконченномъ покушеніи

¹⁾ Délit manquéе французскаго права.

²⁾ Кромѣ однако приготовленія на обманъ страховаго общества, состоящаго въ поджогѣ застрахованнаго; см. главу VI § 83.

законъ говоритъ, что виновный подлежитъ наказанію если послѣдствіе не произошло по независящимъ отъ него обстоятельствомъ, а въ ст. 115 — по непредвидѣннымъ имъ обстоятельствамъ. И вотъ, разграниченіе между несовершеннымъ и оконченымъ покушеніемъ практика желаетъ построить на различіи независящихъ и непредвидѣнныхъ обстоятельствъ.

Я рѣшительно недоумѣваю, почему послѣдній признакъ она считаетъ болѣе точнымъ и легче подлежащимъ констатированію, чѣмъ первый. Совершеніе или несовершеніе окончательнаго акта если не болѣе, то во всякомъ случаѣ не менѣе очевидно, чѣмъ различіе между независящими и непредвидѣнными обстоятельствами. Мало того. Обстоятельства независящія отъ воли обнимаютъ также обстоятельства непредвидѣнныя, и наоборотъ непредвидѣнными обыкновенно являются обстоятельства, независящія отъ воли лица. Съ другой стороны, отсутствіе послѣдствія по независѣвшимъ отъ виновнаго обстоятельствамъ не исключаетъ возможности совершенія окончательнаго акта; А. стрѣляетъ въ Б., но въ моментъ выстрѣла Б. отклонился въ сторону: отклоненіе его есть обстоятельство независѣвшее отъ воли А., которое притомъ онъ могъ предвидѣть, и однако дѣйствіе его по точному смыслу закона ссть покушеніе оконченное.

Этими замѣчаніями мы хотѣли предостеречь практику нашихъ судовъ отъ неправильной постановки вопросовъ о покушеніи, въ которыхъ она обыкновенно довольствуется признакомъ «независѣвшихъ обстоятельствъ» (см. напр. кк. рр. III, 116 и 804). Но полагаемъ виѣстѣ съ тѣмъ, что указанный эпизодъ судебной практики докажетъ также законодателю неумѣстность субъективнаго опредѣленія окончательнаго акта, принятаго нашимъ законодательствомъ съ закона 9 марта 1865 года; только въ виду представляемыхъ имъ трудностей практика наша уклонилась отъ точнаго смысла оконченаго и неоконченнаго покушенія, видя его въ признакахъ совершенно несущественныхъ.

§ 71. Взглянемъ теперь, когда слѣдуетъ признавать указанныя ступени въ мошенничествѣ.

Виновный имѣетъ намѣреніе обмануть другое лицо; онъ придаетъ для этого обманчивый видъ тѣмъ предметамъ, которыми хочетъ обмануть, пишетъ себѣ или другому лицу мнимыя письма отъ третьяго лица, удостовѣряющія какую либо мнимую власть или мнимое право его, одѣваетъ платье не принадлежащаго ему

официальнаго званія для введенія другаго лица въ заблужденіе и т. подоб. Здѣсь дѣятельность виновнаго направляется на средства, а не на жертву преступленія и потому ее слѣдуетъ признать приготовленіемъ.

Тотъ же взглядъ и въ нашей судебной практикѣ. Тульскій мировой съѣздъ призналъ, что начало наказуемости за обвѣсъ въ проданной мукѣ можетъ имѣть мѣсто только съ момента передачи ея купившему, такъ какъ только съ этого момента обманъ направляется противъ жертвы преступленія; и если срокъ передачи не опредѣленъ, то продавецъ въ любой моментъ можетъ восполнить недостающее устраняя тѣмъ уголовное преслѣдованіе (IV, 271). Трактирный хозяинъ Никифоровъ Степановъ присужденъ былъ мировыми установленіями къ наказанію по 173 ст. Уст. за то, что приготовилъ жженый сахаръ для подкладыванія его въ чай (чѣмъ чаю придается цвѣтъ болѣе цѣннаго) въ намѣреніи продавать такой чай посѣтителемъ его заведенія; но сенатъ кассировалъ это рѣшеніе, такъ какъ за намѣренія не положено наказанія (II, 117).

Однако въ одномъ случаѣ практика очень стойко видитъ не только приготовленіе, а наказуемое покушеніе въ держаніи обманчивоизмѣненныхъ предметовъ, которое по общимъ началамъ свидѣтельствуетъ лишь о приготовленіи на мошенничество. Этотъ случай, именно, обнимаетъ мѣста торговыхъ заведеній. Такъ въ дѣйствиі Сырцева, обвиненнаго въ имѣніи въ своемъ магазинѣ спитаго окрашеннаго чая для продажи, признано сенатомъ покушеніе на обманъ въ качествѣ (II, 157); разливка питей въ бутылки въ меньшемъ количествѣ и приложеніе къ нимъ печатей виновнаго также признано наказуемымъ мошенничествомъ, потому что эти бутылки находились уже въ торговомъ заведеніи (II, 400); то же начало примѣнено къ нахожденію въ постояломъ дворѣ вина, разлитаго въ невѣрныя мѣры (V, 129). Очевидно, что съ логической точки зрѣнія всѣ эти рѣшенія должны быть признаны неправильными, такъ какъ во всѣхъ обнимаемыхъ ими дѣйствіяхъ виновный ограничивается измѣненіемъ предметовъ для обмана не выступая еще противъ лица обманываемаго. Иначе ставится этотъ вопросъ съ бытовой стороны. Снабжая торговое заведеніе товарами, способными ввести въ обманъ покупателя и не соотвѣтствующими ихъ внѣшнему виду или наклееннымъ на нихъ ярлыкамъ, торговецъ свидѣтельствуетъ этимъ о полномъ созрѣв-

шемъ намереніи на мошенничество, отъ результатовъ котораго онъ вмѣстѣ съ тѣмъ стоитъ весьма не далеко: покупатели, въ силу необходимаго въ торговлѣ процента довѣрія, повѣрятъ ему болѣе чѣмъ лицамъ незанимающимся торговлею, такъ что, очевидно, государственная власть должна пресѣчь злоупотребленіе его въ самомъ началѣ. Легко видѣть также, что ловкій торговецъ сумѣетъ сдѣлать для полиціи невозможнымъ захватъ его въ моментъ отпуска обманчиваго предмета. — Однако какъ ни важны эти основанія, какъ ни заставляютъ онѣ желать наказанія за простой фактъ умышленнаго держанія въ торговомъ заведеніи предметовъ, могущихъ и предназначенныхъ для введенія покупателя въ обманъ, но онѣ далеко не въ состояніи подорвать общаго начала о границахъ между приготовленіемъ и покушеніемъ и о безнаказанности приготовленія. Оцѣнка важности бытовыхъ соображеній всецѣло принадлежитъ законодателю, а не суду; по этому послѣдній не можетъ назначать наказанія подъ исключительнымъ ихъ вліяніемъ; но за то первый можетъ и обязанъ — если находитъ это необходимымъ для интересовъ общежитія — создать особое преступленіе «выпускъ въ продажу» такихъ товаровъ, карая его независимо отъ наличности дѣйствительнаго правонарушенія на сторонѣ того или другаго лица.

§ 72. Поставивъ себя въ возможность исполненія задуманнаго, собравъ средства облегчающія его, виновный направляетъ ихъ противъ того лица, которое онъ намѣренъ сдѣлать жертвою своего обмана побудивъ его къ передачѣ или уступкѣ какого либо имущества.

Наличность этаго характеристическаго признака покушенія въ мошенничествѣ очень ясна; его слѣдуетъ видѣть въ обманчивой, мошеннической дѣятельности виновнаго, направленной противъ лица потерпѣвшаго; до тѣхъ поръ дѣйствіе его не представляетъ направленія противъ жертвы преступленія. Однако не всякій обманъ, сообщаемый лицу и производящійся съ отдаленнымъ мошенническимъ намѣреніемъ, характеризуетъ покушеніе на мошенничество. Легко видѣть, что вознамѣрившійся совершить это преступленіе можетъ совершать обмана и дѣлать ложныя увѣренія съ двоякою цѣлью. Или эти обманы предназначаются къ тому, чтобъ возбудить на сторонѣ потерпѣвшаго ошибочное представленіе о мнимомъ правѣ обманщика на полученіе отъ него какого либо имущества; или напротивъ, онѣ предшествуютъ такимъ об-

манамъ и дѣлаются въ намѣреніи вкрасться въ довѣріе къ потерпѣвшему, для того, чтобъ въ послѣдствіи легче ввести его въ обманъ, которымъ обусловится похищеніе имущества. Только первые обманы устанавливаютъ понятіе покушенія, вторые—нѣтъ, такъ какъ ими лишь облегчается возможность преступленія, а не начинается воспроизведеніе его.

То же начало проводится нашею судебною практикою. Прохоровъ на сельскомъ сходѣ отказывался отъ платежа податей и оброка, ложно сообщая, будто бы онъ не получилъ расчета за забранные у него припасы во время квартированія у него судебного слѣдователя и мирового посредника; кассационный сенатъ (Ш, 934) призналъ въ его дѣйствіи, составляющемъ обманъ съ намѣреніемъ вдвойнѣ получить плату за отпущенное, покушеніе на мошенничество. Волкова, признанная виновной въ томъ, что заложивъ свои вещи въ Спб. ссудной казнѣ за 200 руб., получивъ эти деньги и билетъ на вещи за № 56, 291, измѣнила на билетѣ цифру 200 въ 20 черезъ отрѣзаніе угла билета и предъявила его въ ссудную казну, но вещей получить не успѣла; къ ея дѣйствію примѣнены узаконенія о покушеніи на мошенничество (IV, 660).—Болѣе объективный взглядъ, требующій начало воспроизведенія совершенія (а не только состава преступленія) проведенъ въ к. р. Ш, 695, впрочемъ только въ примѣненіи къ особенному виду мошенничества—залогъ несуществующаго имѣнія; здѣсь къ покушенію сенатъ относитъ только такого рода дѣйствія обвиняемаго, которыми обусловливается обрядъ заключенія закладной (подача въ судъ прошенія и т. под.).

Дѣйствительное употребленіе виновнымъ обмана противъ жертвы преступленія признается достаточнымъ условіемъ покушенія и въ другихъ законодательствахъ, знающихъ мошенничество какъ корыстно имущественное преступленіе. Только французская судебная практика не довольствуется имъ, требуя для наказуемаго покушенія переходъ имущества потерпѣвшаго въ руки виновнаго и признавая совершеніе лишь съ момента, когда виновный сталъ распоряжаться выманеннымъ имуществомъ. Мнѣніе это, провозглашенное общимъ собр. кас. суда, основывалось на толкованіи буквы ст. 405: «кто посредствомъ обмана... заставитъ себя выдать движимость, фонды» и пр.; отсюда заключили, что передача потерпѣвшимъ виновному выманеннаго имущества есть существенное условіе состава мошенничества (*escroquerie*), хотя однако недо-

статочное для признанія его совершившимся. Вскорѣ для подтвержденія этого мнѣнія литература выставила и логическія соображенія; исходя изъ начала объ основательности уголовнаго наказанія только въ случаяхъ обмановъ особенно ловкихъ, она обращала вниманіе на то, что такіе обманы, которые не имѣли своимъ послѣдствіемъ дѣйствительную передачу имущества обманщику, даютъ предположеніе противъ ловкости и опасности дѣятеля. Только изъ послѣдствій, говорили они, можно заключить о преступности обмана; нѣтъ этихъ послѣдствій — и тогда почти невозможно сдѣлать справедливую оцѣнку характера, ловкости и значенія употребленныхъ виновнымъ обманныхъ уловокъ. Остается предположить, что онѣ не были достаточны для произведенія вреда ¹⁾).

Съ этимъ положеніемъ нельзя согласиться. Не говоря уже о произвольности теоріи особенно ловкихъ обмановъ, отъ которыхъ во всѣхъ ея проявленіяхъ отказалась въ послѣднее время даже французская судебная практика ²⁾), дѣлаемый изъ нея выводъ для разсматриваемаго вопроса совершенно неоснователенъ. Обманъ самый ловкій могъ остаться безъ послѣдствій въ виду совершенно случайныхъ обстоятельствъ, напр., прихода друга обманываемаго, который зналъ обманщика и успѣлъ удержать своего друга отъ передачи ему имущественныхъ цѣнностей. Это положеніе фр. судебной практики, въ самомъ дѣлѣ, встрѣтило рѣзкое порицаніе со стороны редакторовъ закона 13 мая 1863, которые, чтобъ положить конецъ «невѣрному и произвольному толкованію закона», дополнили ст. 405 угол. уложенія прибавкой: «... выманить или покуситься выманить».

§ 73. Указаніемъ признака неоконченнаго покушенія на мошенничество и статьей 176 Уст. о наказ., содержащей особое опредѣленіе о покушеніи на мошенничество, вмѣстѣ съ тѣмъ разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ вопросъ: возможно-ли покушеніе въ этомъ преступленіи? Разъ въ нашей судебной практикѣ встрѣтилось отрицательное разрѣшеніе его ³⁾).

Крестьянка Анисья Гурѣва заключила съ членомъ рязанскаго окружнаго суда Куномъ условіе о поступленіи въ кормилицы къ его ребенку, который вскорѣ долженъ былъ родиться, и при совершеніи этого условія какъ Гурѣва, такъ и мужъ ея увѣряли Куна, что ребенокъ ихъ рожденъ около праздника Покрова 1867 года, между тѣмъ какъ вскорѣ послѣ этого оказалось, что Анисья родила въ февралѣ 1867; что ему, Куну, нужна была кормилица, у которой ребенокъ былъ бы не старше 3 или 4 мѣся-

¹⁾ Chavcau et Hélie, Théorie V, № 2014.

²⁾ Ibid. № 2000. ³⁾ Судебный Вѣстникъ 1868 № 105.

цевъ, что было хорошо извѣстно Гурѣвой при совершеніи условія. Мировой судья примѣнилъ къ этому дѣлу ст. 173, 2 п. 174 и 176 Уст. о нак. Въ апелляціонномъ порядкѣ защитникъ Гурѣва, кн. Урусовъ, для оправданія своего кліента приводилъ два соображенія: 1) всякое преступленіе должно быть выраженіемъ злой воли, чего нѣтъ въ разсматриваемомъ случаѣ, представляющемъ лишь исполненіе принятаго обязательства. Но это соображеніе вполне опровергается тѣмъ обстоятельствомъ, что обманъ подсудимыхъ предшествовалъ и обусловливалъ заключеніе условія, а не слѣдовалъ за нимъ. 2) Еслибы даже судъ призналъ, что настоящее дѣло имѣетъ уголовный характеръ, то и тогда—по мнѣнію Урусова, очевидно заимствованному изъ Эли—онъ могъ бы обвинить Гурѣвыхъ только въ умыслѣ на мошенничество; судъ долженъ былъ разобрать, имѣются ли въ разсматриваемомъ случаѣ всѣ существенныя условія мошенничества въ легальномъ смыслѣ; ихъ же можно бы было признать въ наличности лишь подъ условіемъ, если бы Анисья или мужъ ея, посредствомъ сообщенія какихъ либо извѣстій, выманили у г. Куна сколько нибудь денегъ; но этого не было, Гурѣвы не получили отъ Куна ни копѣйки. Мало того, условіе заключено въ декабрѣ 1867, а Кунъ родила въ январѣ 1868, слѣд., Анисья даже не имѣла возможности поступить къ Куну и начать кормить его ребенка. Эти соображенія также не убѣдительны, исходя изъ ложнаго начала прежней французской судебной практики, будто бы матеріальный ущербъ на сторонѣ обманутаго является условіемъ состава мошенничества вообще, а не только условіемъ совершенія; Урусовъ даже оставилъ за собой французскую практику: она, вслѣдъ за точнымъ текстомъ ст. 405 прежней редакціи, видѣла мошенничество не только при передачѣ имущественныхъ цѣнностей, но и знаковъ ихъ, которые давали бы виновному право требовать какое либо имущество (*quitances, promesses, obligations*), слѣд., увидѣла бы въ дѣйствіи Гурѣвой совершившееся мошенничество. Замѣчаніе Урусова, что Анисья не имѣла возможности поступить къ Куну и начать кормить его ребенка, который родился черезъ мѣсяцъ по заключеніи условія, также не можетъ быть названо убѣдительнымъ. Гурѣва обвинялась не въ кормленіи ребенка вреднымъ для его здоровья молокомъ, а въ выманиваніи обязательства Куна посредствомъ обмана въ качествѣ своего молока сообщеніемъ ложныхъ фактовъ, служащихъ для опредѣленія такого качества. — Въ свою очередь, представитель Куна на судѣ также высказалъ ошибочный взглядъ на покушеніе въ мошенничествѣ; онъ полагалъ, что со стороны Анисьи и мужа ея сдѣлано все, нужное для совершенія преступления, и потому требовалъ примѣненіе къ разсматриваемому дѣлу постановленій объ оконченномъ покушеніи. Не слѣдуетъ забывать, что дѣйствіе виновнаго въ мошенничествѣ состоитъ изъ двухъ элементовъ: обмана и похищенія; подсудимый можетъ быть признанъ сдѣлавшимъ все нужное для совершенія только тогда, когда онъ, посредствомъ обмана, похищаетъ чужое имущество, не успѣвъ еще завладѣть имъ. Въ данномъ случаѣ этого втораго элемента не было въ наличности; слѣд., Анисья и ея мужъ имѣли возможность отказаться отъ совершенія, чѣмъ характеризуется неоконченное покушеніе въ противоположность оконченному. — Но несравненно болѣе ошибочный взглядъ на покушеніе, принятый рязанскимъ мировымъ съѣздомъ, проведенъ былъ прокуратурою въ заключительной рѣчи по этому дѣлу. Замѣтивъ, что многія преступления не могутъ имѣть покушеніе въ уголовноюридическомъ смыслѣ, онъ характеризуетъ ихъ какъ такія, гдѣ наличность преступнаго послѣдствія зависитъ не отъ дѣятеля, а отъ подвергающагося преступленію. Такова обида на словахъ: произнесеніе ос-

корбительнаго слова заканчиваетъ преступленіе, а все предшествующее ему неуловимо для разрѣшенія. Сюда же, по мнѣнію прокуратуры, слѣдуетъ отнести мошенничество, предусмотрѣнное 174 ст. 2 п. Уст. о наказ. Разбирая составъ этого преступленія, и она увлекается французскимъ взглядомъ, находя, что предшествующее полученію денегъ сообщеніе ложныхъ слуховъ само по себѣ не наказуемо; положимъ, наказуемость его не можетъ быть выведена изъ этой статьи, но за то ставится внѣ всякаго сомнѣнія ст. 176 Уст., карающей покушеніе на мошенничество. Но прокуратура идетъ дальше, отрицая даже возможность покушенія въ разсматриваемомъ дѣйствіи. «Дальнѣйшая близость къ окончанію преступленія, замѣчаетъ она, зависитъ здѣсь отъ лица, подвергающагося преступленію, а не отъ совершителя, потому что отъ перваго зависитъ подчиниться обману или нѣтъ, и такъ какъ въ этомъ преступленіи необходимы двѣ противоположныя воли—совершающая и подчиняющая, а возможность совершенія, т. е. самая главная его составная часть зависитъ отъ подвергающагося преступленію, то въ мошенничествѣ предусмотрѣнномъ 2 п. 174 ст. покушеніе не возможно, а можетъ быть одно только приготовленіе, по закону ненаказуемое». — Всѣ эти соображенія лишены малѣйшаго юридическаго значенія. Вопреки мнѣнію прокуратуры преступленія, не могущія имѣть покушенія, требуютъ полнѣйшую независимость послѣдствія отъ постороннихъ силъ: таковы угрозы, обиды словомъ, утайка; напротивъ, гдѣ оно зависитъ или отъ потерпѣвшаго, или отъ другихъ постороннихъ лицъ, тамъ покушеніе всегда возможно. Въ частности оно признается и нашимъ правомъ во всѣхъ видахъ мошенничества, такъ какъ постановленія ст. 176 Уст. о наказ. не ограничиваются какими либо отдѣльными случаями его. —

§ 74. Вся область дѣйствія виновнаго отъ начала употребленія обмана до окончательнаго акта образуетъ неоконченное покушеніе. Съ момента воспроизведенія указаннаго акта начинается покушеніе оконченное.

Но что, спрашивается, должно разумѣть подъ окончательнымъ актомъ въ мошенничествѣ?

Обманъ примѣняется виновнымъ для выманиванія чужаго имущества; конечная цѣль обмана—побужденіе потерпѣвшаго уступить виновному какое либо имущество; послѣднее дѣйствіе необходимое со стороны виновнаго для полноты состава мошенничества—согласіе на эту уступку, пріемъ уступаемаго имущества, За этимъ согласіемъ на пріемъ слѣдуетъ завладѣніе или пріобрѣтеніе чужаго въ собственность, которое уже обуславливаетъ совершеніе; такимъ образомъ актъ, непосредственно приводящій къ преступному послѣдствію въ мошенничествѣ, есть пріемъ уступаемаго вслѣдствіе обмана, который поэтому и составляетъ окончательный актъ дѣйствія въ мошенничествѣ.

До этого рубежа возможенъ отказъ отъ исполненія, который по общимъ началамъ ведетъ къ безнаказанности дѣятеля; переступивъ его, дѣятель ставитъ себя въ невозможность отказа: въ

его рукахъ остается только возможность возврата взятаго хозяину.

Покушеніе наказуемо независимо отъ годности или негодности средствъ его; примѣненіе кары, такимъ образомъ, не отпадаетъ и въ случаѣ когда обманъ такъ грубъ, что сразу распознанъ лицомъ противъ котораго онъ направлялся. Необходимо лишь, чтобъ онъ имѣлъ своимъ содержаніемъ существенные обстоятельства въ указанномъ смыслѣ; обманы же въ безразличныхъ обстоятельствахъ не устанавливаютъ даже покушенія на мошенничество;—а это объясняется необходимостью для покушенія такого обмана, который долженъ быть направленъ на побужденіе обманываемаго къ дѣйствию, состоящему въ распоряженіи его имуществомъ, чего не представляетъ обманъ въ безразличныхъ обстоятельствахъ (§ 72). Только средства явно и очевидно недѣйствительныя, употребляемыя лишь по невѣжеству или суевѣрію, выдѣлены законодателемъ изъ наказуемаго покушенія. Но отъ средствъ употребляемыхъ по невѣжеству и суевѣрію должно отличать средства, рассчитанныя на невѣжество и суевѣріе; примѣненіе ихъ устанавливаетъ особый видъ мошенничества, предусмотрѣнный ст 933—935 Улож. о Наказ., или составляетъ обстоятельство, увеличивающее вину въ обыкновенныхъ видахъ мошенничества (175 ст. Уст. о Наказ., 1671 ст. Улож.).

Иначе ставится вопросъ, когда виновный вѣрить въ дѣйствительность средствъ, употребляемыхъ имъ только по суевѣрію или крайнему невѣжеству. Здѣсь можно различать случаи двоякаго рода:

1) Виновный, желая выманить чужое имущество и имѣя намѣреніе обмануть другое лице, употребляетъ по суевѣрію или крайнему невѣжеству какое либо явно и очевидно недѣйствительное средство; напр. лице хочетъ наняться въ коммиссіонеры какаго либо торговаго общества, но думая, что для этого и для полученія задатка достаточно перемѣнить себѣ священнаго патрона, называется вмѣсто Андрея Андреева Петромъ Петровымъ; на самомъ дѣлѣ это общество принимаетъ къ себѣ коммиссіонеровъ не иначе какъ по рекомендаціи. Сюда должно примѣняться примѣч. къ ст. 115 Улож.

2) Виновный употребляетъ какой либо суевѣрный обрядъ какъ (мнимый) эквивалентъ за выманиваемое имущество. Если онъ вѣрить этому обряду и дѣйствительности его результатовъ, то здѣсь нѣтъ обмана благодаря отсутствію завѣдомости искаженія

истины. Напр. религіозный фанатикъ собираетъ деньги за свои религіозныя служенія, вѣря, что это служеніе есть истинное; ворожея гадаетъ въ карты, предсказываетъ будущее вѣря въ свои способности знать его, и получаетъ за это деньги. Въ другихъ случаяхъ могутъ имѣть мѣсто законы о мошенничествѣ, если этому не противорѣчатъ выставленныя выше соображенія о предѣлахъ этаго преступленія.

ГЛАВА VI.

ГРАНИЦЫ МОШЕННИЧЕСТВА ОТЪ ДРУГИХЪ ПРЕСТУПЛЕНІЙ ВЪ ОТДѢЛЬНОСТИ.

§ 75. Отличіе мошенничества отъ кражи.— § 76. Отъ насильственныхъ способовъ похищенія чужаго имущества.— § 77. Отъ преступнаго присвоенія чужаго имущества.— § 78. Отъ другихъ видовъ поврежденія чужаго имущества посредствомъ нарушенія довѣрія.— § 79. Отъ подлога.— § 80. Отъ поддѣлки монеты и ассигнацій.— § 81. Отъ банкротства и несостоятельности.— § 82. Отъ преступленій противъ литературно-художественной собственности.— § 83. Отъ поджога застрахованнаго.— § 84. Отъ лихоимства.— § 85. Отъ продажи вредныхъ для здоровья съѣстныхъ припасовъ и низкопробнаго вина.

§ 75. Въ представленномъ изложеніи я разсмотрѣлъ уже всѣ общія условія мошенничества по русскому праву; этимъ можно бы закончить разсмотрѣніе общаго состава преступленія мошенничества и перейти къ наказуемости его. Но въ видахъ болѣе полнаго разъясненія выбраннаго предмета, я нахожу не безполезнымъ сказать пару словъ о соотношеніи его съ нѣкоторыми родственными преступленіями въ отдѣльности, каковы: корыстно-имущественныя преступленія, подлогъ, банкротство, контрафакція, плагіатъ, поджогъ застрахованнаго имущества, лихоимство, продажа вредныхъ для здоровья съѣстныхъ припасовъ и низкопробнаго вина.

Мошенничество слѣдующими признаками отличается: отъ кражи. Такъ по предмету посягательства мошенничество съ одной стороны шире кражи, потому что способъ дѣйствія его даетъ возможность нарушать такіе виды имуществъ, которые гарантированы отъ кражи; съ другой — оно уже ея (§ 17). Мы уже имѣли случай замѣтить, что ст. 1657 Улож. распространяетъ составъ кражи за предѣлы имущественныхъ нарушеній; еще болѣе должно сказать это о ст. 2243 ¹⁾ Улож. изд. 1857, которая не отмѣнена,

¹⁾ «За похищеніе бумагъ съ намѣреніемъ открыть какія либо семейственныя тайны и чрезъ то повредить чести или доброй славы какого либо лица, виновные приговариваются, смотря по обстоятельствамъ болѣе или менѣе увеличивающимъ или уменьшающимъ ихъ вину къ заключенію въ смиренномъ домѣ отъ 6 мѣсяцевъ до 1 года, или же на время отъ 1 — 2 лѣтъ, съ потерей, въ семь послѣднемъ случаѣ, нѣкоторыхъ особенныхъ правъ и преимуществъ».

а вошла въ ст. 169 — 170 Уст. о Наказ. какъ видно изъ сравнительнаго указателя къ Уложенію 1866. Слѣдовательно, опредѣленіе кражи какъ корыстноимущественнаго преступленія съ точки зрѣнія дѣйствующаго законодательства далеко не такъ вѣрно въ видѣ общаго правила, какъ бы можно было подумать съ перваго взгляда; конечно, этотъ выводъ изъ русскаго права далеко не говоритъ въ пользу его (§ 3), но это уже другой вопросъ. Еще болѣе разнятся кража и мошенничество по способу дѣйствія; въ кражѣ вещь похищается тайно, безъ воли и согласія владѣльца; для мошенничества, напротивъ, существенно необходимо, чтобъ потерпѣвшій выразилъ на уступку вещи свое согласіе, которое съ внѣшней стороны кажется добровольнымъ и свободнымъ; оттого лица, лишенные свободы воли, не могутъ быть обманутыми (§ 44). Но дѣйствіе мошенничества какъ и кражи можетъ быть направлено противъ всякаго владѣльца вещи, все равно, имѣетъ ли онъ право распоряжаться ею или нѣтъ. Въ кражѣ виновный беретъ вещь самъ, непосредственно, какъ выражаются редакторы проекта уложенія; въ мошенничествѣ она уступается ему. Непосредственное тайное похищеніе вещи не перестаетъ однако быть кражей, хотя бы виновный получилъ возможность совершенія ея при помощи обмана, напр., проникновеніе въ домъ подъ вымышленнымъ именемъ, выманиваніе обманомъ у хозяина ключей для совершенія кражи и т. под. Но здѣсь обманъ долженъ быть сдѣланъ для полученія средствъ или орудій совершенія преступленія (ключи и т. под.), а не для полученія изъ рукъ самого хозяина предмета преступленія.

§ 76. Отъ грабежа 1-го рода. Какъ мошенничество, такъ и грабежъ суть виды похищенія; но преступность перваго не сознаетъ потерпѣвшій (обманутый), полагая, что виновный имѣетъ право взять имущество получая его по его доброй волѣ; между тѣмъ при грабежѣ актъ взятія въ самый моментъ его сознается какъ противозаконный, совершаемый виновнымъ безъ передачи ему имущества потерпѣвшимъ или хотя и вслѣдствіе такой передачи, но вызванной насиліемъ¹⁾. Характеръ того или другаго сознанія потерпѣвшаго опредѣляется способомъ дѣятельности виновнаго. Этимъ моментомъ ясно указывается отличіе грабежа и отъ тѣхъ случаевъ мошенничества, которыя состоятъ въ обольщеніи потер-

¹⁾ См. прекрасную передовую статью въ Суд. Вѣстн. 1867, № 26, по поводу дѣла о похищеніи сундука съ деньгами съ рогожскаго кладбища.

пѣвшаго возбужденіемъ страха какого либо зла, для устраненія будто бы котораго выманивается эквивалентъ. Прежде всего для мошенничества необходимо, чтобъ основы страха были мнимы; въ противномъ случаѣ или нѣтъ никакого преступленія, или грабежъ. Но это еще недостаточно; разбойникъ, приставающій къ груди путника незаряженный пистолетъ со словами «кошелекъ или жизнь», будетъ наказанъ по ст. 1627 Улож., хотя его пистолетъ и не былъ заряженъ, такъ что путникъ передалъ ему свое имущество вслѣдствіе ошибки, полагая свою жизнь въ опасности; слѣд. признакомъ передачи имущества по желанію самаго потерпѣвшаго, обусловленному страхомъ мнимой опасности (Меркель), мошенничество не характеризуется съ надлежащею ясностью, такъ какъ его не лишены и нѣкоторые случаи грабежа и разбоя: и здѣсь потерпѣвшій можетъ передавать свое имущество считая это выгоднымъ для себя, т. е. какъ эквивалентъ за избавленіе отъ мнимой опасности. Его, повторяю, нужно искать въ томъ, совершается ли виновнымъ дѣйствіе, рассчитываемое на то, чтобы произвести въ другомъ лицѣ ошибочное представленіе о существованіи будто бы на своей сторонѣ какого либо права¹⁾ получить имущество, или дѣятель не скрываетъ его явной противозаконности (насилъственности) въ моментъ полученія имущества. О правѣ же можно говорить только въ такомъ случаѣ, когда а) симулируется опасность, угрожающая будто бы другому лицу не со стороны обманщика, а отъ другихъ силъ, которыя онъ беретъ сдѣлать безвредными сознавая это совершенно излишнимъ; напр., А., ложно увѣривъ Б., что на нее поданъ доносъ въ изгнаніи плода или готовится такой доносъ, выманиваетъ у Б., боящейся всякаго соприкосновенія съ уголовнымъ правосудіемъ хотя и сознающей свою невинность, какое либо имущество для того, чтобъ взять доносъ обратно. Если же б) причиною опасности указывается самъ обманщикъ, то необходимо чтобъ она являлась не въ формѣ насилія, устраняющаго вмѣстѣ съ свободой согласенія всякій призракъ права, а въ формѣ указанія на его сторонѣ какого либо права на самомъ дѣлѣ не существующаго и ставящаго будто бы блага другаго лица въ опасное положеніе. Напр., А., имѣвшій вексель на Б. и передавшій уже его третьему лицу, требуетъ у отца Б., В. платежъ себѣ долгъ сына, угрожая въ про-

¹⁾ Имѣющимъ право потерпѣвшій считаетъ его тогда, когда полагаетъ, что полученіе имъ имущества происходитъ по его свободному согласію.

тивномъ случаѣ процессомъ о банкротствѣ. Наконецъ, если какія либо насильственные дѣйствія входили въ планъ обманщика лишь для большаго убѣжденія другихъ лицъ въ обманѣ, т. е. составляли обманные уловки и передача имущества по взгляду потерпѣвшихъ, созданному характеромъ дѣйствій виновнаго, была результатомъ ошибочнаго мнѣнія о существованіи будто бы на сторонѣ виновнаго права получить это имущество, то очевидно здѣсь нѣтъ условій грабежа: преступное послѣдствіе имѣетъ своею причиною не насиліе, а обманъ. Этотъ взглядъ признанъ и угол. кассац. департаментомъ въ рѣшеніи по дѣлу о Ракитинѣ, Герасимовѣ и др. (II, 135). Они были признаны виновными въ похищеніи изъ конторы Рогожскаго богадѣльнаго дома сундука съ деньгами и процентными бумагами, для учиненія чего выдавали себя за лицъ, дѣйствующихъ по порученію начальства, съ присвоеніемъ непринадлежащаго званія, при чемъ это похищеніе совершено открыто въ присутствіи другихъ лицъ и сопровождалось насиліемъ и угрозами. Московскій окружной судъ примѣнилъ сюда постановленія о грабежѣ, предусмотрѣнномъ ст. 1642 Улож., но сенатъ несогласился съ его взглядомъ и увидѣлъ въ описанномъ дѣйствіи только мошенничество. «По закону, говоритъ онъ ссылаясь на ст. 1637 и 1665 Улож., существенное различіе между грабежемъ и мошенничествомъ заключается въ томъ: а) что при грабежѣ совершается насильственное, открытое похищеніе, такъ что лицо, у котораго имущество похищается, знаетъ, что похититель не имѣетъ никакого права взять вещь и допускаетъ похищеніе ея невольно, уступая силѣ или не имѣя возможности препятствовать похищенію; б) и что напротивъ того мошенническое похищеніе возможно только тогда, когда владѣлецъ, введенный въ обманъ, соглашается на передачу имущества похитителю, полагая, что на полученіе его похититель имѣетъ извѣстное право. Однимъ словомъ, грабежъ совершается при посредствѣ насилія, мошенничество обманомъ», а потому и дѣйствія лицъ, которыя, по опредѣленію обвинительнаго акта, «разыгравъ роли лицъ, дѣйствующихъ по предписанію высшаго начальства, умѣли не только похитить въ глазахъ многихъ лицъ сундукъ съ казною богадѣльни, но съумѣли даже заставить этихъ лицъ безсознательно содѣйствовать ихъ умыслу», соотвѣтствуетъ понятію о мошенничествѣ, предусмотрѣнномъ въ ст. 1666, 1668, 1669 и 1671 пп. 2, 3 и 7 Улож. о Наказ. и не заключаетъ въ себѣ ни одного

изъ признаковъ грабежа». — Сказанное о грабежѣ относится также къ разбою и вымогательству.

Отъ грабежа 2-го рода. И грабежъ 2-го разряда, и мошенничество совершаются открыто, въ присутствіи другаго лица; но послѣднее необходимо предполагаетъ изъявленіе владѣльцемъ согласія на полученіе вещи, въ первомъ же вещь берется непосредственно самимъ виновнымъ; притомъ берется порывисто, внезапно, такъ что вслѣдствіе этой внезапности, не дающей потерпѣвшему времени опомниться, онъ какъ бы остается въ дуракахъ. Вотъ причина, почему наше прежнее законодательство до Уложенія 1845 включало это дѣйствіе въ мошенничество; теперь онѣ раздѣлены указаннымъ признакомъ. — Благодаря ему, предметъ того и другаго также не вполне одинаковъ; грабежъ 2-го рода требуетъ движимую осязаемую вещь, мошенничество — всякое движимое имущество.

§ 77. Отъ преступнаго присвоенія. Далеко не всякое присвоеніе чужаго имущества преступно; рациональнѣе всего ограничивать наказуемость тѣми случаями, когда между виновнымъ и потерпѣвшимъ существуютъ отношенія, въ виду которыхъ послѣдній по необходимости долженъ ввѣрять свое имущество виновному; таковы отношенія по опеке, агентура въ торговыхъ предпріятіяхъ и т. под. Это начало весьма строго проводится англоамериканскимъ правомъ ¹⁾. Наше законодательство знаетъ наказуемое присвоеніе въ болѣе широкихъ размѣрахъ, ставя лишь условіемъ преступности, чтобъ чужое имущество было ввѣрено виновному для сохраненія или инаго употребленія, т. е. чтобъ оно было передано виновному не въ безотчетное его распоряженіе, хотя бы съ обязанностью вознаградить затѣмъ лицо, чье то было имущество. Черты различія присвоенія отъ мошенничества состоятъ въ слѣдующемъ: а) для примѣненія законовъ о присвоеніи необходимо, чтобъ взятіе чужаго имущества виновнымъ не представляло условій преступнаго похищенія его. Очевидно впрочемъ, что это условіе не слѣдуетъ ограничивать объективными признаками дѣйствія (способъ взятія), такъ какъ въ понятіе преступнаго похищенія входятъ и извѣстныя требованія на внутренней сторонѣ дѣйствія. Поэтому, въ частности, то обстоятельство, что винов-

¹⁾ Russel, A Treatise on crimes and misdemeanors, London 1865, т. II стр. 412—450, 473—515. Wharton, A Treatise on the criminal Law of the united States, т. II, §§ 1905 — 1949. По обычному праву оно не наказывалось вовсе.

ный употребилъ обманъ для полученія имущества, еще не достаточно для примѣненія законовъ о мошенничествѣ; необходимо, чтобъ намѣреніе присвоить себѣ чужое имущество безъ предполагаемаго потерпѣвшимъ вознагражденія существовало уже въ моментъ взятія, а не возникло послѣ него. б) Существо присвоенія состоитъ въ томъ, что виновный не исполняетъ лежащей на немъ обязанности относительно даннаго имущества, нарушая то довѣріе, которое оказалъ ему потерпѣвшій; а оно нисколько не зависитъ отъ того, какія средства или способъ дѣйствія употребилъ виновный для гарантированія себѣ возможности не исполнить принятое обязательство. Поэтому, употребленіе обмана съ такою цѣлью не превращаетъ присвоенія въ мошенничество, что весьма ясно оговаривается нашимъ законодательствомъ, относящимъ къ присвоенію, а не къ мошенничеству, тотъ случай, когда купеческій прикащикъ или сидѣлецъ будетъ представлять своему хозяину, по отпращиванію ввѣренныхъ ему дѣлъ, ложныя представленія и счета, съ намѣреніемъ присвоить себѣ его имущество (ст. 1190 Улож.). Кассационный сенатъ прежде игнорировалъ это начало; таково именно его рѣшеніе по дѣлу Иванова (II, 71); но въ послѣднее время призналъ его въ рѣшеніи по дѣлу Ястребова (V, 612) ¹⁾. Но отвѣтъ долженъ быть данъ иной, когда виновный выманиваетъ посредствомъ обмана какое либо имущественное право, прежде не принадлежавшее ему, съ тѣмъ чтобы употребить его какъ средство для прекращенія силы лежавшей на немъ обязанности. Самый простой и едва ли могущій дать поводъ къ спорамъ случай этого рода, если, напр., слуга, растратившій данныя ему господиномъ для покупки какихъ либо вещей деньги, выманиваетъ у господина вновь такую же сумму и исполняетъ порученіе; здѣсь есть всѣ условія мошенничества. Но то же самое должно имѣть мѣсто въ случаѣ, когда, напр., депонентъ обманомъ выманиваетъ у депозитарія росписку о покупке будто бы поклажи, т. е. выманиваетъ себѣ право на то имущество, которое было предметомъ поклажи; мы видѣли въ самомъ дѣлѣ, что мошенничество можетъ имѣть мѣсто и относительно вещей, находящихся въ фак-

¹⁾ Сенатъ нашелъ, что «между мошенничествомъ и присвоеніемъ чужаго имущества существенная разность въ томъ, что мошенничество есть похищеніе чужой вещи посредствомъ обмана, а присвоеніе есть обращеніе въ собственность или удержаніе ввѣренной чужой вещи. Хотя обманъ можетъ быть и въ присвоеніи чужой вещи, но въ этомъ случаѣ онъ служитъ средствомъ не для присвоенія, а удержанія за собой ввѣренной вещи.»

тическомъ владѣніи виновнаго, на сколько ему не принадлежать права въ вещи, выманиваемыя обманомъ. Такой именно взглядъ проведенъ указаннымъ к. р. по дѣлу Ястребова; Ястребовъ былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, получивъ отъ Аверкіева свою долговую росписку обманнымъ образомъ, уничтожилъ ее и тѣмъ учинилъ присвоеніе чужой собственности; мировой съѣздъ увидѣлъ въ дѣйствии Ястребова не мошенничество, а присвоеніе чужаго имущества, съ чѣмъ согласился и сенатъ, «ибо обманъ былъ употребленъ Ястребовымъ не для полученія права на долговую росписку, а для полученія ее въ свои руки и доставленія тѣмъ себѣ возможности утаить или истребить долговой документъ»; мы видѣли въ самомъ дѣлѣ, что выманиваніе средствъ доказательства какого либо имущественнаго права не тождественно съ выманиваніемъ предметовъ этого права. в) Выставленными чертами различія обусловливается и различіе въ субъектахъ того и другаго преступленія; субъектомъ мошенничества можетъ быть всякое вмѣняемое лицо, субъектомъ присвоенія — только такое лицо, которому потерпѣвшій ввѣрилъ свое имущество для опредѣленнаго назначенія. г) Корыстное намѣреніе составляетъ условіе, общее для обоихъ преступленій. д) Наконецъ, различіе между ними лежитъ въ томъ, что возвращеніе похищеннаго мошенничествомъ можетъ имѣть вліяніе лишь на степень наказанія (ст. 1663 п. 1 Улож. о наказ.), между тѣмъ какъ полное дѣйствительное вознагражденіе потерпѣвшаго за присвоенное (утаенное или растраченное) имущество по закону должно имѣть своимъ послѣдствіемъ освобожденіе подсудимаго отъ всякаго наказанія, если только оно сдѣлано до постановленія окончательнаго судебнаго приговора. Это подтверждается 1) характеромъ присвоенія какъ наказуемаго упущенія. Кара здѣсь назначается исключительно за то, что виновный безъ воли хозяина обратилъ въ свою собственность имущество, данное ему для опредѣленнаго назначенія; слѣд., основаніе наказуемости отпадаетъ, коль скоро имущество обратно поступаетъ въ собственность потерпѣвшаго или на предназначенное употребленіе; 2) точнымъ смысломъ 2 части 1682 ст. Улож. о наказ.; она ставитъ обстоятельствомъ, значительно уменьшающимъ наказаніе легкомысленной растраты даже принятіе виновнымъ добровольно обязанности вознаградить убытокъ потерпѣвшаго; а такъ какъ дѣйствительное полное вознагражденіе, очевидно, значить больше обѣщанія, то молчаніе о

немъ ст. 1682 можно объяснить лишь взглядомъ законодателя, что въ такихъ случаяхъ предполагается не наказуемость. Наконецъ, 3) самое убѣдительное доказательство защищаемаго взгляда предлагаетъ сравненіе ст. 1682 съ ст. 354 Улож. о наказ. Въ самомъ дѣлѣ, буквальный смыслъ одной 1682 ст. можетъ привести лишь къ тому заключенію, что добровольный возвратъ присвоеннаго устраняетъ наказуемость только при признаніи судомъ другаго элемента въ дѣйствиіи виновнаго — растраты имущества по легкомыслію. Но ст. 354 опровергаетъ и это ограниченіе. Она предусматриваетъ видъ присвоенія, квалифицированный по субъекту и по предмету преступленія; если поэтому здѣсь и существуютъ какія либо отступленія отъ общихъ узаконеній о присвоеніи, то въ смыслѣ большей строгости, а не большей мягкости личной репрессіи. Между тѣмъ мы здѣсь встрѣчаемъ постановленіе, по которому самовольный возвратъ виновнымъ всего взятаго имъ до или послѣ открытія его злоупотребленія смягчаетъ наказуемость въ громадныхъ размѣрахъ, понижая его до денежныхъ взысканій и незначительныхъ служебныхъ наказаній. Ясно слѣд., что въ болѣе слабомъ видѣ присвоенія, предусмотрѣнномъ ст. 1682, за этимъ обстоятельствомъ предполагается еще болѣе важное значеніе независимо отъ того, совершена ли растрата злоумышленно или по легкомыслію. Наконецъ, ограниченіе безнаказанности присвоенія при возвратѣ всего присвоеннаго случаями легкомысленной растраты, какъ бы слѣдовало повидимому заключить изъ буквального смысла второй части 1682 ст., неправильно и по слѣдующему основанію: возвратъ вещи есть обстоятельство, устраняющее преступность, слѣдов. и разсмотрѣніе дѣла уголовнымъ судомъ, между тѣмъ какъ констатированіе легкомыслія можетъ имѣть мѣсто только посредствомъ постановленія судебного приговора. — Противъ защищаемаго мною взгляда могутъ возразить, что утайка по нашему праву есть преступленіе общественное, преслѣдуемое независимо отъ произвола потерпѣвшаго; но это возраженіе не убѣдительно. Законъ дѣйствительно не ставитъ наказуемости присвоенія въ зависимость отъ личнаго произвола; но онъ указываетъ матеріальное основаніе ненаказуемости — возвратъ присвоеннаго, давая суду право входить въ совершенно свободную оцѣнку его, не стѣняясь представленнымъ потерпѣвшимъ удостовѣреніемъ о полученіи обратно даннаго, а тѣмъ болѣе мировою сдѣлкою его съ подсудимымъ. —

Изъ всего указаннаго, наконецъ, слѣдуетъ заключить, что покушеніе на растрату или утайку по точному смыслу нашего законодательства юридически немыслимо.

Присвоеніе клада и находки есть одинъ изъ видовъ общаго присвоенія. Особенность состоитъ только въ томъ, что здѣсь виновный получаетъ имущество безъ всякаго посредства потерпѣвшаго; слѣд. отличіе его отъ мошенничества еще болѣе очевидно. Въ германской литературѣ XVIII и первой половины XIX ст. его причисляли къ обману (Betrug) на томъ основаніи, что здѣсь виновный, присвоивая вещь, выдаетъ ее такимъ образомъ за свою; но хотя эта черта дѣйствія, которая впрочемъ имѣетъ мѣсто не во всѣхъ случаяхъ присвоенія клада и находки, представляетъ собою искаженіе истины и дѣлаетъ дѣйствіе «лживымъ поступкомъ», однако это искаженіе не составляетъ мошенническаго обмана ¹⁾: оно не направляется на обольщеніе другаго лица съ намѣреніемъ побудить его къ передачѣ себѣ чего либо, а по большей мѣрѣ составляетъ обманъ какъ средство удержанія за собой имущества полученнаго инымъ путемъ.

§ 78. Отъ другихъ видовъ поврежденія чужаго имущества посредствомъ нарушенія довѣрія; таковы случаи, предусмотрѣнные ст. 1187, 1190, 1198, 1709, 1710 ¹⁾ и др. Улож.

¹⁾ Замѣчу кстати, что въ послѣднее время на языкѣ практики (между прочимъ онъ проникъ и въ сборникъ кас. рѣшеній) мошенническимъ обманомъ стали называться даже обманъ для удержанія имущества, т. е. тѣ случаи, къ которымъ сами практики примѣняютъ узаконенія объ утайкѣ и растратѣ. Это совершенно неправильно. Мошенническимъ можетъ быть названъ только такой обманъ, который удовлетворяетъ условіямъ преступленія предусмотрѣннаго постановленіями и мошенничествѣ.

¹⁾ Ст. 1187. Купеческій прикащикъ или сидѣлецъ, который умышленно какими либо дѣйствіями по торговлѣ, или открытіемъ какой либо тайны, или же въ вреднымъ на счетъ хозяина разглашеніями, сдѣлаетъ явный кредиту его подрывъ подвергается за сіе, по жалобѣ хозяина (денежному взысканію, тюрьмѣ или смиренному дому до 3 мѣсяцевъ). Если однакожь притомъ откроется, что сіе учинено имъ изъ корыстныхъ видовъ; то онъ приговаривается къ наказаніямъ, опредѣленнымъ за мошенничество. Ст. 1190. Купеческій прикащикъ или сидѣлецъ, за ложныя своему хозяину, по отпавленію ввѣренныхъ ему дѣлъ, представленія и счета, подвергается: (рабочему дому) Ст. 1198. Члены основанныхъ съ дозволенія правительства обществъ, товариществъ или компаній, которые съ умысломъ употребятъ ко вреду общества, товарищества или компаніи данное имъ отъ нихъ уполномочіе или довѣре, подвергаются за сіе наказанію, опредѣленному за мошенничество. Ст. 1598. Опекунъ и попечителю за подлоги и обманы ко вреду лицъ, ввѣренныхъ опекѣ ихъ или попечительству, а равно и за присвоеніе и растрату имущества сихъ лицъ, подвергаются высшей мѣрѣ наказаній, за сіи проступленія въ раздѣлѣ XII сего Уложенія опредѣленныхъ. С. 1709. Повѣренный, который злонамеренно преступитъ за предѣлы даннаго ему уполномочія или же войдетъ въ сношенія и сдѣлки съ противниками своего довѣрителя всвередъ ему, приговаривается, сверхъ назна-

о Наказ. Особенность ихъ отъ присвоенія состоитъ съ одной стороны въ томъ, что въ присвоеніи преступная дѣятельность касается имущества, находящагося *in corpore* въ рукахъ виновнаго, здѣсь же предметы имущественнаго обладанія не выпускаются хозяиномъ изъ своихъ рукъ, виновному же принадлежитъ лишь право распоряжаться ими за хозяина по его уполномочію; съ другой — составъ присвоенія необходимо требуетъ корыстное намѣреніе, между тѣмъ какъ нарушеніе особаго довѣрія для поврежденія имущественной сферы вѣрителя есть одинъ изъ видовъ истребленія чужаго имущества, для общаго состава котораго корыстное намѣреніе не предоставляетъ условія необходимаго; но если оно имѣется въ наличности, то наказаніе усиливается и дѣйствіе виновнаго въ отношеніи наказуемости обыкновенно ставится на одну доску съ мошенничествомъ. Однако различіе между ними въ условіяхъ преступной дѣятельности очень велико. Такъ 1) виновному въ моментъ совершенія его преступнаго дѣйствія принадлежитъ уже право распоряжаться чужимъ имуществомъ или (какъ въ случаѣ ст. 1187) по крайней мѣрѣ онъ имѣетъ въ рукахъ тѣ силы, при посредствѣ которыхъ можетъ причинить вредъ своему вѣрителю и которыя получилъ вслѣдствіе довѣрія къ себѣ; такъ что поврежденіе чужаго имущества здѣсь производится злоупотребленіемъ наличными уже силами и властью, между тѣмъ какъ въ мошенничествѣ преступною дѣятельностью добывается еще непринадлежавшее до тѣхъ поръ виновному право. Поэтому 2) наличность обмана не превращаетъ еще дѣйствія виновнаго въ мошенничество, потому что здѣсь обманъ является не способомъ выманиванія чужаго имущества, а способомъ прикрытія злоупотребленія довѣріемъ потерпѣвшаго къ виновному. Наконецъ 3) даже въ тѣхъ случаяхъ рассматриваемыхъ дѣйствій, которые по наказуемости ставятся рядомъ съ мошенничествомъ вслѣдствіе корыстнаго мотива дѣятельности, условія субъективной виновности ихъ далеко не тождественны съ этими

гражденія за всѣ причиненные симъ довѣрителю его убытки, къ наказаніямъ определеннымъ за мошенничество. Тѣмъ же наказаніемъ и на томъ же основаніи подвергаются управляющіе по довѣренностямъ вотчинами или иными имѣніями, если они съ умысломъ нарушаютъ данное имъ уполномочіе, ко вреду доверителей. Ст. 1710. Поверенный, который, передавъ или же хотя только сообщивъ вѣренныя ему документы, или иные акты или бумаги противникамъ своего довѣрителя, безъ согласія его и не по распоряженію суда, причинить ему чрезъ то, какой либо ущербъ или убытокъ подвергается за сіе (тюрмѣ), или же; если сіе учинено имъ изъ корыстныхъ или иныхъ противозаконныхъ видовъ. (арестантскимъ ротамъ).

же условіями въ мошенничествѣ. Корыстное намѣреніе послѣдняго означаетъ намѣреніе, изъявъ предметы имущественнаго права изъ чужаго обладанія, включить ихъ въ сферу своего имущества, такъ что здѣсь теряемое потерпѣвшимъ пріобрѣтается мошенникомъ; напротивъ, въ группѣ разсматриваемыхъ теперь преступленій корыстное намѣреніе означаетъ корыстный мотивъ дѣятельности въ самомъ обширномъ смыслѣ этого слова, указанномъ уже въ § 19, въ примѣчаніи; здѣсь виновный повреждаетъ чужое имущество не для того, чтобы сдѣлать его своимъ, а для того, чтобы въ награду за такое поврежденіе получить отъ другихъ лицъ какую либо имущественную выгоду; нерѣдко законъ ставитъ рядомъ съ имущественной и всякую иную противозаконную выгоду.

Если наконецъ обманъ употребляется какъ средство поврежденія чужаго имущества безъ нарушенія особаго довѣрія и безъ корытнаго намѣренія, то онъ за рѣдкими исключеніями вовсе не подлежитъ уголовному правосудію. Эти именно признаки представляетъ извѣстный всему Петербургу процессъ объ убыткахъ, причиненныхъ обманомъ и ложными увѣреніями, будто бы обманутый можетъ занять испанскій престолъ.

§ 79. Отъ подлога. Взгляды литературы на подлогъ расходятся въ самыхъ существенныхъ пунктахъ. Одни — и это самый ранній взглядъ — безыскусственно разсматриваютъ его какъ ложное дѣйствіе, совершаемое для нарушенія какихъ бы то ни было правоотношеній, главнымъ образомъ имущественныхъ; способъ дѣйствія подлога (*falsum* общегерманской доктрины) по этому взгляду обнимаетъ измѣненіе и искаженіе для обмана внѣшнихъ признаковъ какихъ бы то ни было предметовъ, хотя бы и не документовъ, и даже словесную ложь. Къ этому послѣднему положенію примкнула и такъ наз. школа права на истину, знавшая подлогъ какъ одинъ изъ видовъ искаженія истины. Однако и представители этого взгляда придаютъ въ подлогѣ весьма важное, если и не исключительное значеніе поддѣлкѣ и измѣненію документовъ и печатей. Другіе, замѣчая, что подлогъ долженъ быть разсматриваемъ не какъ способъ нарушенія другихъ правъ, а какъ самостоятельное преступленіе, имѣющее свой особый предметъ. Его видѣли или въ правѣ cadaго на истину, или въ правѣ свободнаго пользованія своей распознавательной способностью; первое направленіе формулировало подлогъ (обнимавшій всякій обманъ) какъ противозаконное обольщеніе, если оно не состав-

ляетъ особаго преступленія; второе—какъ насиліе чужой распознавательной способности, предполагающее употребленіе виновнымъ внѣ существующихъ матеріальныхъ подкрѣпленій для увѣренія другаго въ какомъ либо мнимомъ обстоятельствѣ. Тамъ и здѣсь, слѣд., подлогъ какъ и другіе виды обмана имѣетъ предметомъ своего посягательства частное лице, т. е. представляетъ собою нарушеніе частныхъ правъ. Противъ этой характеристики подлога германскую литературу пробудило французское уложеніе 1810. Между тѣмъ какъ въ предшествовавшихъ ему германскихъ кодексахъ въ ряду государственныхъ преступленій ставились только тѣ виды подлога, которые составляли способъ нарушенія государственныхъ правъ, это уложеніе помѣщаетъ всякій подлогъ (*faux*) между *crimes contre les choses publiques*, ограничивая его вмѣстѣ съ тѣмъ случаями поддѣлки, измѣненія и неправильнаго составленія какихъ либо документовъ и печатей, т. е. знаковъ юридической достовѣрности опредѣленныхъ обстоятельствъ. Впервые, хотя довольно скромно, это начало въ формѣ положительнаго закона объявлено Германіи баварскимъ уложеніемъ 1813. Германская наука придала этому взгляду философскую форму; путемъ анализа постановленій римскаго права, лежавшихъ какъ извѣстно въ основѣ общегерманскаго, она пришла къ положенію, что предметомъ подлога является *fides publica*, неоснованность тѣхъ знаковъ, которые съ точки зрѣнія общества свидѣтельствуютъ собою съ несомнѣнною достовѣрностью объ опредѣленныхъ отношеніяхъ; измѣненіе другихъ вещей лежитъ внѣ понятія подлога, измѣненіе же такихъ знаковъ составляетъ подлогъ совершенно независимо отъ того, какія именно отношенія свидѣтельствуются этими знаками. Другими словами, нарушая непосредственно *fidem publicam*, подлогъ въ то же время можетъ нарушать и другія всевозможныя конкретныя правоотношенія, напр. имущественныя, семейственныя, порядокъ государственнаго управленія и т. под.; *fides publica* есть слѣд. абстракція, прикрывающая собою въ этомъ преступленіи всѣ конкретныя правоотношенія.

Я не имѣю теперь возможности подробно останавливаться на анализѣ этого взгляда, тѣмъ болѣе, что данныя для оцѣнки его уже предложены § 3 настоящаго изслѣдованія (ч. II). Проводя его послѣдовательно, пришлось бы наказывать такія дѣйствія, наказуемость которыхъ совсѣмъ не составляетъ общественной необ-

ходимости;—дѣйствія, составляющія нѣчто преступное только съ точки зрѣнія охраны выдвинутой абстракціи и совершенно безразличныя съ точки зрѣнія охраны тѣхъ конкретных правоотношеній, которыя единственно интересуютъ общество. Въ главѣ II я уже имѣлъ случай привести примѣръ, гдѣ наслѣдникъ вычеркиваетъ въ завѣщаніи слова «бездѣльникъ»—эпитетъ, данный ему завѣщателемъ—и ставитъ на его мѣсто другой болѣе лестный для себя. Онъ посягнулъ на документъ, онъ нарушилъ неприкосновенность его, составляющую предметъ подлога по рассматриваемому взгляду (*publica fides*); но едва ли можно подыскать какое либо разумное, т. е. диктуемое требованіями самой жизни, основаніе для примѣненія къ нему законовъ о подлогѣ духовныхъ завѣщаній. Въ частности, когда подлогъ составляетъ способъ нарушенія имущественныхъ отношеній, такой взглядъ никогда не дастъ возможности различать корыстные нарушенія отъ некорыстныхъ, да и вообще въ принципѣ его лежитъ протестъ противъ различія случаевъ подлога по посредствующему (съ его точки зрѣнія) предмету нарушенія. Между тѣмъ всѣ законодательства—да съ ними соглашаются даже и представители рассматриваемаго взгляда ¹⁾),—сводящія постановленія о подлогѣ къ одному мѣсту и, по требованію этого направленія, помѣщающія ихъ въ ряду преступленій противъ общества, при опредѣленіи строгости наказаній не могли не раздѣлить подлогъ по тѣмъ конкретнымъ отношеніямъ, которыя онъ нарушаетъ; а ясно, что если карательному кодексу знакомы виды подлога только подъ условіемъ нарушенія или посягательства на нарушение опредѣленныхъ правоотношеній, то значитъ предметомъ его являются эти правоотношенія, а не абстракція изъ нихъ въ формѣ *publica fides*, *öffentliche Treue und Glauben*. И такимъ образомъ въ концѣ концовъ оказывается, что, полезная до извѣстной степени какъ знамя, дающее возможность теоретику свести различныя преступленія къ одному мѣсту, *publica fides* не должна, да и не можетъ въ силу оказываемаго ей протеста со стороны жизни, стать въ ряду охраняемыхъ закономъ правоотношеній: она есть абстракція изъ послѣднихъ—не больше.

Русское право не знаетъ подлога какъ отдѣльнаго, самостоя-

¹⁾ Выставленный Ростиртомъ и Марецолемъ, онъ нашелъ себѣ дружное признаніе у всѣхъ новѣйшихъ писателей общенѣмецкаго права (кроме Бернера, рассматривающаго подлогъ въ одной рубрикѣ съ обманомъ), каковы Меркель, Ортлофъ и др.

тельнаго преступленія, всѣ виды котораго имѣютъ одинъ и тотъ же предметъ нарушенія, и разбрасываетъ постановленія о немъ по различнымъ мѣстамъ Уложенія. Подлогъ, т. е. поддѣлка документовъ, печатей, клеймъ, и т. под., въ глазахъ его составляетъ лишь одинъ изъ преступныхъ способовъ дѣйствія, точно также какъ обманъ, насиліе и т. под., и потому наказанію можетъ подлежать только въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный путемъ подлога стремится нарушить отношенія, стоящія подъ охраной уголовной кары. Но въ одномъ случаѣ неприкосновенность документа рассматривается вмѣстѣ съ тѣмъ какъ право, могущее быть само по себѣ предметомъ преступленія, да и въ этомъ случаѣ (ст. 291, 294, 300 изд. Улож.) наказуемость предполагаетъ намѣреніе виновнаго злоупотребить этимъ правомъ именно ко вреду власти— хотя бы, впрочемъ, вредъ состоялъ только въ нарушеніи авторитета ея. Вотъ почему поддѣлка старинныхъ документовъ и т. под., ставшихъ уже достояніемъ исторіи и не могущихъ оказывать вліянія на измѣненіе юридическихъ отношеній въ данное время, не составляетъ подлога, хотя можетъ быть орудіемъ мошенничества, если виновный выдастъ и продастъ ихъ за подлинныя автографы. — Отношенія, могущія быть предметомъ подлога, суть авторитетъ и интересы государственной власти, права состоянія, семейственныя и имущественныя; хотя затѣмъ и другія права могутъ быть нарушены путемъ поддѣлки какихъ либо бумагъ, напр. оскорбленіе чести клеветою; но такая поддѣлка обнимается общимъ составомъ подлежащихъ преступленій, не составляя подлога. Вопросъ же объ отличіи подлога отъ мошенничества можетъ представиться только въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный путемъ поддѣлки документовъ и т. под. посягаетъ нарушить чужое имущество.

Тѣ случаи подлога, которые не имѣютъ своею задачею опредѣлить другаго къ передачѣ виновному своего имущества, не представляютъ никакихъ сомнѣній: здѣсь нѣтъ мошенническаго обмана, направляемаго на обольщеніе, а потому невозможно говорить о мошенничествѣ. Случаи другаго рода, направленные на обольщеніе, образуютъ собою или подлогъ, или только мошенничество посредствомъ обмана въ документахъ, или наконецъ совокупность подлога и мошенничества. Когда должно принимать то, или другое, или третье, я уже сказалъ въ § 40, гдѣ вмѣстѣ съ тѣмъ старался доказать, что далеко не всѣ документальныя

обманы могутъ представить достаточное основаніе для примѣненія постановленій о подлогѣ.—Гораздо проще вопросъ объ отличительныхъ чертахъ мошенничества и подлога по опредѣленіямъ положительнаго права; первое признается совершившимся съ момента пріобрѣтенія чужаго имущества, для втораго достаточно поддѣлка документа или печати, имѣющихъ вышеуказанныя объективныя условія, съ намѣреніемъ употребить ихъ ко вреду чужихъ правъ; формы мошенническаго обмана многообразны, подлогъ ограничивается одною изъ нихъ—измѣненіемъ, поддѣлкою и завѣдомымъ употребленіемъ или передачею для употребленія фальшивыхъ документовъ и печатей за дѣйствительныя. Лишь нѣкоторые виды его (ст. 362, 1690 1694 Улож.) распространяются на обманы въ лицѣ и въ личныхъ правомочіяхъ, но съ тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, чтобы эти обманы были произведены для составленія мнимаго документа подъ видомъ дѣйствительнаго.

§ 80. Отъ поддѣлки монеты и ассигнацій. Поддѣлка монеты и ассигнацій, какъ и подлогъ въ документахъ, безусловно выдѣлены изъ мошенничества; но и здѣсь требуется, чтобы поддѣливаемая монета и ассигнаціи имѣли (законный или обычный) ходъ въ имущественномъ оборотѣ общества; поддѣлка же вышедшихъ изъ оборота, историческихъ монеты и ассигнацій, если она составляетъ средство для обмана другаго и выманиванія его имущества, можетъ дать мѣсто постановленіямъ о мошенничествѣ. Употребленіе поддѣланныхъ монеты и ассигнацій вмѣсто дѣйствительныхъ само по себѣ составляетъ мошенническій обманъ; но законодательство выдѣляетъ его изъ мошенничества, примѣняя здѣсь болѣе строгія наказанія, если виновный зналъ поддѣлывателей или переводителей фальшивой монеты и ассигнацій; и только въ томъ случаѣ, когда онъ завѣдомо передаетъ подъ видомъ настоящей фальшивыя монету или ассигнаціи, полученныя имъ случайно, оно ограничивается наказаніями, назначенными за мошенничество (ст. 567 ч. 2. 576 ч. 2, Улож. о наказ.).

Наконецъ то же должно сказать о поддѣлкѣ и употребленіи фальшивыхъ гербовой монеты и почтовыхъ марокъ; подробнѣе объ этомъ видѣ мошенничества мы должны будемъ сказать въ отдѣленіи II.

§ 81. Отъ банкротства. Его необходимо отличать отъ случайной и неосторожной несостоятельности, т. е. дѣйствительнаго превышенія актива пассивомъ даннаго лица; когда такое

превышеніе вымыслено обманомъ и для убѣжденія въ немъ кредиторовъ должникъ совершаетъ обманныя дѣйствія, направленныя къ ложному увѣренію въ увеличеніи пассива или въ уменьшеніи актива, съ намѣреніемъ побудить кредиторовъ уменьшить свои требованія, то говорятъ о банкротствѣ. Несомнѣнно, что оно имѣетъ много общихъ чертъ съ мошенничествомъ: здѣсь, какъ и тамъ, предполагается обманъ, направляемый на обольщеніе потерпѣвшаго; этотъ обманъ имѣетъ своей цѣлью причинить имущественный ущербъ другому лицу къ выгодѣ для виновнаго, для чего послѣдній тамъ и здѣсь злоупотребляетъ чужою распознавательною способностью, предлагая ей лживыя фактическія основы. Но этимъ сходство и заканчивается.

Въ мошенничествѣ обманъ направляется на похищеніе, т. е. на пріобрѣтеніе имущества, котораго до того момента виновный не имѣлъ; между тѣмъ какъ банкротъ распоряжается своимъ имуществомъ, подвергаясь наказанію только за то, что онъ противозаконнымъ способомъ дѣйствія уклоняется отъ исполненія лежащихъ на немъ обязанностей относительно кредиторовъ. Это преступленіе по существу своему, слѣдовательно, представляетъ собою не вторженіе въ чужое имущественное право для переноса предметовъ его изъ чужаго обладанія въ свое, а неисполненіе обязательства, наказуемое вслѣдствіе различныхъ соображеній вопреки общему правилу, т. е. преступное упущеніе; этотъ его характеръ нисколько не подрывается тѣмъ, что банкротство совершается въ формѣ положительнаго дѣйствія, а не только въ формѣ, такъ назыв., бездѣйствія ¹⁾. Словомъ, мошенничество есть одинъ изъ видовъ преступнаго взятія, похищенія чужаго имущества, чего не представляетъ составъ банкротства. Въ связи съ этимъ нужно обратить вниманіе еще на слѣдующую черту различія: въ мошенничествѣ потерпѣвшій обманывается относитель-

¹⁾ Забывая эту сторону вопроса, германскіе криминалисты, напр., Temme, die Lehre vom strafbaren Betrüge, стр. 158, Escher, die Lehre v. dem strafbar. Betrüge und. v. der. Fälschung, стр. 288—294, видятъ въ банкротствѣ всѣ черты состава мошенничества (Betrug). Въ подкрѣпленіе себя Ешеръ между прочимъ ссылается на текстъ ст. 405 фр. уложенія: qui.. se sera fait remettre ou délivrer quittances ou décharges..., но извѣстно, что этому уложенію банкротство знакомо какъ особое преступленіе.—Болѣе ранніе криминалисты видѣли въ банкротствѣ мошенничество потому, что должникъ, вопреки данному имъ обязательству честно расчитаться съ кредиторами, совершаетъ обманные поступки въ обходъ этого обязательства и такимъ образомъ поступаетъ нечестно, неправдиво. Но мы уже знаемъ, что неисполненіе обѣщанія и мошенническій обманъ—двѣ вещи различныя.

но эквивалента за выдаваемое имущество, въ банкротствѣ же относительно имущественныхъ средствъ виновнаго къ исполненію лежащихъ на немъ имущественныхъ обязательствъ, а недостатокъ средствъ не можетъ быть признанъ эквивалентомъ за отказъ отъ долговаго имущества; если, напротивъ, обманъ имѣетъ это послѣднее направленіе, напр., виновный, ложно сообщивъ своему кредитору, что онъ произвелъ уплату долга повѣренному, получаетъ такимъ образомъ платежную росписку, то несостоятельность къ уплатѣ при наличности другихъ условій банкротства отнюдь не мѣшаетъ признать здѣсь составъ мошенничества.

Такъ ставится вопросъ, когда обманы производятся послѣ полученія въ долгъ чужаго имущества. Но какъ, спрашивается, разрѣшить его когда состоятельность лица, на самомъ дѣлѣ несостоятельнаго, становится содержаніемъ обмана и это открывается при назначеніи по его дѣламъ конкурса? Здѣсь могутъ быть два случая: лицо занимаетъ деньги, сознавая свою несостоятельность, и впослѣдствіи дѣйствительно открывается конкурсъ по его дѣламъ или производство о несостоятельности; лицо завѣдомо несостоятельное ложно выдаетъ за собой опредѣленные имущества, которыхъ на самомъ дѣлѣ не существуетъ и въ виду существованія которыхъ займодавецъ соглашается на заемъ. Въ первомъ случаѣ, при отсутствіи лживыхъ указаній на опредѣленное будто бы принадлежащее виновному имущество, мы имѣемъ дѣло по большей мѣрѣ съ увѣреніями о состоятельности вообще, т. е. съ личнымъ довѣріемъ дающаго деньги къ виновному, и должны примѣнять сюда указанное начало о рискѣ: потерпѣвшій не хотѣлъ обезпеченія, вѣрилъ берущему и подчинилъ себя риску на случай несостоятельности его (стр. 65) ¹⁾. Во второмъ, напротивъ, признаки обманныхъ дѣйствій, направленныхъ на увѣреніе въ мнимомъ кредитѣ, т. е. въ мнимыхъ имущественныхъ средствахъ виновнаго, составлявшихъ въ глазахъ потерпѣвшаго обезпеченіе за выдаваемое имущество, опредѣляютъ уголовно-юридическій характеръ дѣйствія.

¹⁾ Законодательства первой половины XIX ст. (п. 3 ст. 536 прежней редакціи Code de commerce, бавар., австр. и мн. др.) ставили безусловнообязательное для суда предположеніе виновности въ случаѣ вступленія торговца въ какія бы то ни было долговыя обязательства при извѣстномъ отношеніи пассива къ активу, находя, что ему должно быть извѣстно его имущественное положеніе изъ торговыхъ книгъ. Впрочемъ, здѣсь примѣнялись правила о несостоятельности, а не о банкротствѣ. О leichtsinnige Schuldenmachen см. часть I гл. III подраздѣленія I и III.

§ 82. Отъ контрафакціи и плагіата. Какъ пользованіе чужими литературно-художественными идеями и внѣшнимъ выраженіемъ ихъ, эти дѣйствія, собственно говоря, не могутъ дать повода для вопроса о коллизіи съ мошенничествомъ даже въ томъ случаѣ, если бы виновный не назвалъ дѣйствительнаго автора дѣлаемыхъ имъ выдержекъ и перепечатокъ: здѣсь не обманывается авторъ, такъ какъ онъ не вовлекается въ заблужденіе относительно принадлежности авторства въ данномъ произведеніи не себѣ, а другому лицу; не обманываются и читатели для похищенія имущества ихъ, такъ какъ они получаютъ то, за что платятъ деньги. Тоже должно сказать о такъ называемой литературной кражѣ; хотя здѣсь дѣйствіе виновнаго представляетъ собою обманный поступокъ, но не обманъ въ смыслѣ искаженія истины, направленнаго на обольщеніе автора—преступленіе совершается безъ изъявленія имъ на то согласія, или читателей — они получаютъ книгу желаемаго содержанія т. е. не обманываются въ эквивалентѣ за выдаваемое имущество. Но когда право литературной собственности выманивается посредствомъ обмана вполне или отчасти, то, видѣли мы (§ 13), здѣсь должны имѣть мѣсто постановленія о мошенничествѣ. Наше законодательство дѣлаетъ исключеніе только для продажи права литературно-художественной собственности нѣсколькимъ лицамъ порознь, создавая изъ нея особое преступленіе, если, говоритъ оно, «при томъ не было подлога или инаго обмана» (ст. 1683 Улож.); но вѣдь продажа проданнаго есть уже сама по себѣ обманъ, откуда открывается, что это сдѣланное въ нашемъ правѣ отступленіе отъ общихъ началъ о мошенничествѣ не имѣетъ за себя никакихъ основаній.

§ 83. Отъ поджога застрахованнаго. Истребленіе собственнаго имущества не составляетъ преступленія въ виду принадлежащаго каждому права свободно располагать своимъ имуществомъ. Фактъ застрахованія его отъ случайнаго истребленія самъ по себѣ еще не лишаетъ собственника права уничтожать свое имущество по своему желанію: когда мнѣ стали не нужны застрахованныя книги, я преспокойно могу сжечь ихъ въ каминѣ, потому что не обязывался предъ страховымъ обществомъ хранить эти книги въ цѣлости и не давалъ ему на нихъ никакого права. Только въ томъ случаѣ, когда истребленіе собственнаго имущества составляетъ посягательство на имущество страхового общества, т. е. способъ вторженія въ чужую имущественную сферу,

мое дѣйствіе изъ безразличнаго переходитъ въ имѣющее определенное юридическое значеніе и могущее, при извѣстныхъ условіяхъ, вызвать примѣненіе уголовного правосудія. Такой именно смыслъ имѣетъ ст. 1612 Улож. о Наказ.: «За поджогъ какого либо, самому зажигателю принадлежащаго, имущества, обезпеченнаго въ страховомъ отъ огня обществѣ, буде сіе имъ сдѣлано единственно въ намѣреніи получить отъ того денежную прибыль, виновный подвергается лишенію всѣхъ правъ и ссылки въ Сибирь на поселеніе. Когда жъ такимъ образомъ подожжено строеніе, въ которомъ находились люди, или когда пожаръ сообщился чужимъ строеніямъ, или, наконецъ, когда подожженное находилось по близости чужихъ строеній, то виновный въ томъ приговаривается къ наказанію: по правиламъ, выше сего въ ст. 1606 — 1609 о умышленномъ поджогѣ строеній обитаемыхъ или необитаемыхъ постановленнымъ». Какъ ни неудовлетворительна редакція этого узаконенія и какъ ни неумѣстно строгое наказаніе, назначенное 1 ч. 1612 ст. безразлично за поджогъ движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ, но все же изъ нея можно сдѣлать слѣдующіе выводы: 1) она иначе относится къ поджогу какъ къ дѣйствию общепаспому, чѣмъ къ поджогу, направленному и угрожающему единственно имуществу страховаго общества; 2) она предусматриваетъ не всякое истребленіе своего застрахованнаго имущества, а только истребленіе его черезъ поджогъ; 3) приведенное постановленіе имѣетъ силу при поджогѣ всякаго имущества, какъ движимаго, такъ и недвижимаго. Это подтверждается ст. 1196 Улож., повторяющей ст. 1612 со ссылкой на нее: «Кто злонамѣренно истребитъ собственныя свои застрахованные зданія, корабли или другія суда, или грузъ оныхъ, или товары, или что либо иное, тотъ лишается права на полученіе цѣны застрахованнаго и подвергается наказаніямъ, въ ст. 1612 сего уложенія за истребленія сего рода опредѣленнымъ»¹⁾; 4) ст. 1612 караетъ поджогъ имущества совершенно независимо отъ дальнѣйшихъ дѣствий виновнаго, требуя лишь, кромѣ объективныхъ, субъективный признакъ — намѣреніе получить отъ поджога денежную прибыль, т. е.,

¹⁾ Замѣчу встать, что, несмотря на общее указаніе ст. 1196 истребленія застрахованнаго имущества, положенныя ст. 1612 наказанія, при отсутствіи условій общепасности дѣйствія, должно ограничивать лишь случаями поджога, такъ какъ ст. 1196 ссылается на 1612, позволяя примѣнять лишь тѣ наказанія, которыя положены за способы истребленія, предусмотрѣнныя ст. 1612; а здѣсь говорится только о поджогѣ.

какъ видно изъ сравненія съ ст. 1196, страховую сумму отъ страхового общества; 5) такимъ образомъ преступленіе, предусмотрѣнное разсматриваемыми узаконеніями, съ уголовноюридической точки зрѣнія составляетъ приготовленіе на выманиваніе обманомъ у общества страховой суммы, т. е. на особенный видъ мошенничества, предусмотрѣнный ст. 1195 Улож., съ которымъ мы ближе познакомимся во II отдѣленіи этого труда ¹⁾. Но тутъ прежде всего поражаетъ соотношеніе наказаній, положенныхъ 1 частью 1612 и 1195 статьями Улож.: приготовленіе карается ссылкой на поселеніе, а совершеніе — арестантскими ротами или ссылкой на житье. Мы, конечно, не станемъ доказывать, что это соотношеніе правильно: напротивъ, оно въ высшей степени не вѣрно и противорѣчитъ самымъ кореннымъ началамъ уголовного права, по которымъ большая отдаленность отъ совершенія есть основаніе для уменьшенія, а не для увеличенія кары. Но эта неправильность ограничивается только однимъ случаемъ: необходимо, чтобъ приготовленіе на преступленіе, предусмотрѣнное ст. 1195, было совершено дѣйствіемъ, удовлетворяющимъ условіямъ поджога, какъ самостоятельнаго преступленія; всякій другой способъ дѣйствія, напротивъ, примѣнительно къ общимъ началамъ (ст. 113 Улож. о Наказ.), не можетъ подлежать наказуемости раньше, чѣмъ когда виновный дошелъ до той ступени осуществленія своего преступнаго плана, которая называется покушеніемъ ²⁾.

§ 83. Отъ лихоимства. Лихоимство есть преступленіе чиновника или инаго лица, состоящаго на государственной и общественной службѣ, заключающееся въ полученіи имъ отъ частнаго лица денегъ по дѣлу или дѣйствію, входящему въ кругъ его служебныхъ обязанностей (ст. 372 Улож. о Наказ.). Если полученіе производится посредствомъ требованія съ угрозою злоупотребленія своею властью при неисполненіи его, или хотя и безъ такихъ угрозъ, но требованіе выдается за официально-обязательное для другихъ лицъ, то лихоимство переходитъ въ служебное вымогательство (ст. 377 Улож.). Вопросъ о разграниченіи мошенничества и лихоимства можетъ представиться въ томъ слу-

¹⁾ См. по этому вопросу мои статьи въ Суд. Вѣст. 1871 №№. 55 и 60.

²⁾ См. также Темме, в. с. стр. 148; Escher, 254. Лохвицкій, курсъ стр. 606, видитъ въ преступленіи, предусмотрѣнномъ первой частью 1612 ст., «мошенничество высшей мѣры», но я уже замѣтилъ, что здѣсь можетъ быть признано лишь приготовленіе на мошенничество.

чаѣ, когда лицо состоящее на государственной службѣ, выманиваетъ чужое имущество, обманно выдавъ на своей сторонѣ власть или возможность доставить за то какое либо благо или устранить какой либо вредъ.

При разрѣшеніи его должно руководиться слѣдующими началами. 1) Мошенничество составляетъ преступленіе какъ выманиваніе имущества за эквивалентъ, котораго виновный на самомъ дѣлѣ не представляетъ; но какъ скоро въ дѣйствительности и согласно условію представленъ эквивалентъ, обѣщанный выдавшему свое имущество, то постановленія о мошенничествѣ не могутъ имѣть мѣста какими бы путями ни достигъ виновный этого эквивалента; онъ можетъ быть наказанъ лишь за предпринятый имъ путь, если таковой составляетъ особое преступленіе, но не за выманиваніе имущества обманомъ, такъ какъ онъ доказалъ, что имъ не былъ совершенъ обманъ. Поэтому: А., врачъ рекрутскаго присутствія, увѣривъ сдатчиковъ въ своей власти безконтрольно рѣшать дѣла по приему рекрутъ, получаетъ взятку за принятіе или непринятіе данныхъ лицъ; если окажется, что онъ дѣйствительно стоялъ къ членамъ рекрутскаго присутствія въ отношеніяхъ, *de facto* дѣлавшихъ его дѣйствія совершенно безконтрольными, то къ нему могутъ быть примѣнены лишь постановленія о злоупотребленіи власти, а не о мошенничествѣ. 2) Законы о лихоимствѣ имѣютъ задачей оградить не вообще непредосудительность дѣйствій чиновника какъ лица, давшего присягу на вѣрность службѣ, а непредосудительность его дѣйствій въ кругу только тѣхъ обязанностей, которыя указываются его служебнымъ положеніемъ; поэтому преступныя дѣйствія чиновника внѣ круга его обязанностей должны обсуживаться по началамъ, установленнымъ для отвѣтственности частныхъ лицъ. Иной взглядъ былъ проведенъ государственнымъ совѣтомъ въ рѣшеніи по дѣлу Шице (Сборн. стр. 148 — 150); здѣсь высказано, что если обманъ какъ способъ выманиванія чужаго имущества «совершенъ лицомъ, состоящимъ въ службѣ и притомъ для нарушенія обязанности, хотя не прямо касающейся его собственной должности, но для учиненія такого дѣйствія, которое противно данной имъ на вѣрность службѣ присягѣ, то въ семъ обманѣ нельзя не признавать и нѣкоторыхъ свойствъ лихоимства», подвергая виновныхъ наказанію «по правиламъ о совокупности преступленій, т. е. (?) тягчайшему изъ тѣхъ, которыя опредѣлены за воровство-мошенничество и ли-

хоимство, и въ самой высшей онаго мѣрѣ». Но кассационный сенатъ примкнулъ къ началу болѣе вѣрному, совершенно игнорируя приведенное рѣшеніе государственнаго Совѣта. Помощникъ комиссара I части гор. Тифлиса, Иванъ Саковичъ, былъ признанъ виновнымъ въ полученіи по подложной квитанціи 8 р. съ Варганова, подъ видомъ сбора за право торговли, и приговоренъ къ наказанію по 3 п. 377 и 378 ст. Улож. о наказ.; сборъ такихъ денегъ не входилъ въ кругъ служебныхъ обязанностей Саковича. Поэтому сенатъ нашелъ, что «преступленіе, для совершенія котораго превысилъ свою власть Саковичъ, состояло въ особомъ видѣ мошенничества лица, дѣйствовавшаго будто бы по порученію начальства (ст. 1668) и сдѣлавшаго для обмана особаго приготовленія (ст. 1671 п. 3), т. е. пріобрѣвшаго и употребившаго для сего заведомо подложную отъ должностнаго лица квитанцію (ст. 294 и 299), то подсудимаго Саковича и слѣдовало бы подвергнуть наказанію на вышеизложенныхъ основаніяхъ» (IV, 449). Затѣмъ 3) совокупность лихоимства и мошенничества имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо служащее посредствомъ какого либо обмана выманиваетъ имущество за доставленіе чего либо, чего онъ доставить не можетъ, въ кругѣ его служебныхъ обязанностей; при чемъ и здѣсь необходимо требовать обманъ, не довольствуясь лживыми обѣщаніями.

§84. Отъ продажи вредныхъ для здоровья съѣстныхъ припасовъ и низкопробнаго вина. Продажа вредныхъ для здоровья припасовъ подъ видомъ здоровыхъ, т. е. доброкачественныхъ, во всѣхъ законодательствахъ разсматривается какъ мошенничество; нѣкоторые видятъ даже въ этомъ обстоятельстве, увеличивающее вину. То же начало проводится и нашимъ правомъ; обманы въ продажѣ съѣстныхъ припасовъ и напитковъ обнимаются опредѣленіемъ ст. 173 Уст. о наказ. совершенно независимо отъ того, какихъ качествъ продаваемой вещи касается обманъ ¹⁾; что же касается ст. 115 Уст. о наказ., то она имѣетъ примѣненіе лишь къ тѣмъ случаямъ продажи вредныхъ для здоровья припасовъ, которые не сопровождались обманомъ поку-

¹⁾ Такъ въ ст. 173 между прочимъ вошла ст. 1099 Улож. изд. 1857: «Тѣ, которые будутъ надувать мясо, чтобъ придать оному лучшій видъ, подвергаются за сіе: въ первый разъ денежному взысканію, въ столицахъ отъ 2 до 10, а въ другихъ городахъ и селеніяхъ отъ 1 до 5 рублей; во второй разъ, такому же взысканію вдвое; а въ третій, сверхъ денежнаго взысканія втрое, аресту на время отъ семи дней до трехъ недѣль».

пателя для выманиванія его имущества. Такой взглядъ, видѣли мы, проводится и кас. уголовнымъ сенатомъ (III, 840).

Но продажа низкопробнаго вина, вслѣдствіе спеціального постановленія Пит. Уст., не можетъ быть рассматриваема какъ мошенничество даже въ томъ случаѣ, если виновный выдавалъ обманомъ низкопробное вино за вино надлежащей крѣпости.

ГЛАВА VII.

НАКАЗУЕМОСТЬ МОШЕННИЧЕСТВА.

§ 86. Мошенничество, представляя наиболѣе сходства съ кражею, должно подвергаться приблизительно тѣмъ же наказаніямъ, которыя положены за кражу.—

§ 87. Но вслѣдствіе возможнаго разнообразія въ способѣ дѣйствія мошенничества, предѣлы между высшей и низшей мѣрами наказанія здѣсь должны быть шире чѣмъ въ кражѣ.— § 88. Обстоятельства увеличивающія наказуемость за мошенничество.— § 89. Обстоятельства, уменьшающія наказуемость.

§ 86. Наказуемость мошенничества имѣетъ свое основаніе въ нарушеніи посредствомъ него чужаго имущественнаго права и въ томъ способѣ дѣйствія, которымъ производится это нарушеніе. Этими обстоятельствами и, главнымъ образомъ первымъ должна опредѣляться слѣд. и строгость того наказанія, которое должно быть назначено за мошенничество.

Но онѣ не исключительны. Во всѣхъ наказуемыхъ дѣйствіяхъ, направленныхъ на поврежденіе чужаго имущества, законодательства всѣхъ временъ и народовъ обращаютъ весьма замѣтное вниманіе на направленіе того спеціальнаго намѣренія, которымъ руководился преступникъ. Ихъ интересуютъ главнымъ образомъ дѣйствія, выказывающія въ дѣятелѣ намѣреніе не только повредить другому въ его имуществѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ получить въ свое обладаніе предметы, которыхъ лишается потерпѣвшій вслѣдствіе преступленія. Напротивъ, поврежденіе чужой имущественной сферы безъ такого намѣренія или вовсе оставляется безъ наказанія, или подвергается незначительнымъ карамъ; онѣ усиливаются только въ томъ случаѣ, когда къ нарушенію имущества привходитъ въ дѣйствіи новый моментъ, напр. общеопасность при поджогѣ и потопленіи. Выше (§ 58) я старался объяснить причину этого явленія и замѣтилъ, что такое неодинаковое отношеніе законодательствъ къ поврежденію чужаго имущества

оправдывается не одинакостью вреда, представляемого для общесвеннаго правосостоянія этими двумя группами дѣйствій ¹⁾).

Какъ по предмету нарушенія и способу дѣйствія, такъ и по необходимости корыстнаго намѣренія мошенничество относительно представляемого имъ для общества вреда и обрисовки внутренней виновности ближе всего стоитъ къ кражѣ. Отъ насильственныхъ нарушеній чужаго имущества оно рѣзко отличается отсутствіемъ физическаго насилія противъ личности, показывающаго въ виновномъ большую степень преступной энергіи; отъ присвоенія имущества его отличаетъ признакъ похищенія, вторженія въ чужую имущественную сферу для пріобрѣтенія непринадлежащаго, котораго нѣтъ въ присвоеніи. Тайное же похищеніе кражи и обманъ мошенничества, не отрицая прямо права потерпѣвшаго распоряжаться своимъ имуществомъ, даже болѣе признавая съ внѣшней стороны это право, обходятъ лишь фактическое осуществленіе его безъ вѣдома потерпѣвшаго. Вотъ почему и наказаніе за мошенничество должно наиболѣе напоминать наказанія за кражу, что мы и видимъ во всѣхъ законодательствахъ, ограничивающихъ мошенничество областью корыстныхъ имущественныхъ нарушеній.

Но какъ ни велика аналогія кражи съ мошенничествомъ по указаннымъ признакамъ, однако она не доходитъ до полного тождества этихъ преступленій по мѣрѣ вреда, представляемого ими для общества. Это зависитъ отъ способа дѣйствія мошенничества, допускающаго такъ много разнообразныхъ отбѣнковъ преступности, какъ никакое другое преступленіе. Къ однимъ случаямъ съ полнымъ правомъ можно примѣнить замѣчаніе редакторовъ Уст. о наказ., что здѣсь «обманутый почти всегда виноватъ самъ въ томъ, что потерпѣлъ вредъ отъ обмана»; а это обстоятельство должно

¹⁾ Но литература уголовного права представляетъ случай протеста противъ болѣе строгихъ каръ за нарушенія, совершенныя изъ корыстныхъ видовъ, чѣмъ за нарушенія, имѣющія единственную причину въ желаніи причинить вредъ, въ разрушительныхъ мотивахъ. Именно Globig und Huster, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, eine von der ökonomischen Gesellschaft in Bern gekrönte Preisschrift, Zürich 1783, стр. 211 и слѣд. исходятъ изъ той точки зрѣнія, что дѣйствія, совершаемыя изъ разрушительныхъ мотивовъ, заслуживаютъ болѣе строгое наказаніе, чѣмъ дѣйствія, совершаемыя изъ естественныхъ побужденій, каково стремленіе доставить себѣ возможность удовлетворенія своихъ потребностей. Но съ одной стороны и первые суть мотивы естественные; съ другой—въ каждомъ наказуемомъ дѣйствіи, направленномъ къ удовлетворенію своихъ потребностей, необходимо заключается нарушеніе чужой сферы правъ, т. е. мотивъ разрушительный; но корыстное намѣреніе составляетъ прибавку къ нему, позволяющую законодателю прибѣгнуть и къ прибавкѣ наказанія.

служить основаніемъ для примѣненія болѣе мягкаго наказанія, чѣмъ тамъ, гдѣ его нѣтъ, потому что въ виду его дѣйствіе виновнаго представляетъ меньше опасности, меньше вреда для гражданскаго общества. Но есть такіе случаи мошенничества, гдѣ обманутаго можно винить гораздо меньше въ небрежности къ своимъ интересамъ, чѣмъ обкраденнаго; гдѣ интрига обмана ведется такъ ловко въ виду обстановки даннаго случая, что жертвою ея можетъ сдѣлаться человѣкъ самый осторожный, принявшій всѣ мѣры предусмотрительности для огражденія своего имущества. Сюда нужно прибавить, что виновными въ кражѣ обыкновенно оказываются бѣдняки, людѣ голодающій и совершенно необразованный, между тѣмъ такъ совершеніе мошенничества въ громадномъ большинствѣ случаевъ предполагаетъ имущественный достатокъ и если не образованность, то житейскую натертость. Въ виду такихъ особенностей мошенничества законодатель, для правильной юридической оцѣнки каждаго случая, долженъ дать суду широкій просторъ въ опредѣленіи наказаній за него, назначая меньшую мѣру слабѣе, чѣмъ въ кражѣ, а высшую (maximum) можетъ опредѣлить даже въ большихъ размѣрахъ, чѣмъ въ какихъ она признана для кражи.

§ 87. Въ самомъ дѣлѣ, законодательства Европы обыкновенно устанавливаютъ широкіе предѣлы между максимумомъ и минимумомъ наказаній, положенныхъ за мошенничество. Даже римское право, ставившее своимъ принципомъ стѣсненіе суда въ правѣ выбора различныхъ наказаній за опредѣленное преступленіе замѣняя его математическою точностью, въ дѣлахъ о мошенничествѣ ставитъ для судьи стѣсненіе только въ максимумѣ, позволяя ему примѣнять любой минимумъ наказанія. Французское законодательство, независимо отъ широкихъ предѣловъ между высшей и низшей мѣрами наказанія, положеннаго за *escroquerie* (1: 10), устанавливаетъ особый видъ мошенничества, гдѣ наказаніе еще легче. Если судъ признаетъ виновнаго заслуживающимъ снисхожденія, то и въ *escroquerie* онъ можетъ ограничиться лишь денежными взысканіями. Германскія законодательства за «воровской обманъ» обыкновенно назначаютъ тѣ же кары, которыя положены за кражу; но новѣйшія изъ нихъ опредѣляютъ для мошенничества болѣе легкій минимумъ, состоящій однако въ лишеніи свободы; уложеніе сѣверо-германское, руководясь тѣмъ соображеніемъ, что способъ дѣйствія мошенничества въ жизни можетъ представлять чрезвычай-

но разнообразные оттѣнки виновности, нашло нужнымъ позволить суду, при признаніи имъ виновнаго заслуживающимъ снисхожденія, ограничиваться денежными взысканіями безъ лишенія свободы.

Но между тѣмъ какъ во французскомъ и германскомъ правѣ денежныя взысканія играютъ роль аномальной, экстраординарной кары за мошенничество, дозволяемой лишь при признаніи въ дѣлѣ смягчающихъ обстоятельствъ, англо-американское право за рѣдкими исключеніями дозволяетъ примѣненіе ея безъ всякихъ ограниченій. Его систему нельзя не предпочесть французско-германской; не говоря уже о томъ, что предоставленіе суду права признавать смягчающія обстоятельства безъ обозначенія ихъ закономъ равносильно сознанію въ неумѣстной строгости карательныхъ постановленій и не можетъ быть одобрено потому, что при такой системѣ судья ставится на мѣсто законодателя ¹⁾, жизнь представляетъ случаи мошенничества, для которыхъ совершенно достаточны денежныя взысканія, между тѣмъ какъ въ нихъ, строго говоря, не возможно признать ни одного смягчающаго обстоятельства; укажу напр. дѣло Гурѣвой.

Кары, назначаемыя за мошенничество, обыкновенно состоятъ въ лишеніи свободы; оно назначается съ принудительными работами или (по исключенію) безъ нихъ. Кромѣ того, во многихъ случаяхъ лишеніе свободы сопровождается ограниченіемъ правъ состоянія, потерю права заниматься опредѣленной отраслью торга, а иногда—опубликованіемъ въ газетахъ судебного приговора. На сколько, спрашивается, умѣстны въ данномъ случаѣ эти прибавки?

Цѣлесообразность примѣненія двухъ послѣднихъ по усмотрѣнію суда едва ли можетъ представить сомнѣнія; лишеніе права заниматься той отраслью торговли, въ которой виновный допустилъ (особенно если это сдѣлано имъ нѣсколько разъ) обманъ покупателей, представляется даже нерѣдко единственной мѣрою для парализованія ему возможности надувать публику; но это лишеніе не должно быть вѣчнымъ, ограничиваясь сроками отъ нѣсколькихъ мѣсяцевъ до пяти лѣтъ. Опубликованіе въ газетахъ объ обманныхъ поступкахъ торговца, признанныхъ судомъ, составляя одну изъ лучшихъ средствъ для предостереженія на будущее время публи-

¹⁾ См. мою статью: «Уголовное Уложеніе сѣверо-германскаго союза и его литература», въ Судеб. Журналѣ 1870 № 2, стр. 434, 435.

ки, вмѣстѣ съ тѣмъ во многихъ случаяхъ успѣшнѣе удержать виновнаго отъ преступленія, чѣмъ даже личное наказаніе: подчиняясь послѣднему, онъ несетъ лишь небольшое неудобство ограниченіемъ свободы, а первое бьетъ по карману, что для преступниковъ этой категоріи едва ли не болѣе чувствительно, чѣмъ лишеніе свободы. Поэтому же за судомъ полезно признать въ дѣлахъ о мошенничествѣ право совокупнаго примѣненія лишенія свободы съ денежными взысканіями.

Но примѣненіе лишенія всѣхъ правъ, особенно въ томъ давно отжившемъ свой вѣкъ видѣ, въ какомъ оно встрѣчается у насъ, не можетъ быть признано умѣстнымъ. Хотя способъ дѣйствія мошенничества, обманъ, обыкновенно выказываетъ въ дѣятелѣ человека низкаго, коварнаго, но эта сторона должна быть предоставлена обсужденію общества безъ всякаго участія государственной власти; легкая возможность, что общество и власть разойдутся между собою въ оцѣнкѣ лица во всей его нравственной цѣлостности, уже составляетъ вполне достаточное основаніе для протеста противъ лишенія всѣхъ правъ состоянія. Что же касается ограниченія правъ, то нѣкоторыя изъ нихъ, какъ я замѣтилъ, даже необходимо отнимать у виновнаго, но только на опредѣленные сроки времени, а не пожизненно; таково право производить торговлю; сюда еще можно прибавить право вступать въ государственную и общественную службу, право быть опекуномъ и побореннымъ.

Наше законодательство не знаетъ тѣхъ широкихъ предѣловъ между максимумомъ и минимумомъ наказанія, какія вытекаютъ изъ условій мошенничества. Минимумъ наказанія за простые виды меньше, чѣмъ въ кражѣ, но все же онъ не ниже тюремнаго заключенія; денежныхъ взысканій ни совокупно съ лишеніемъ свободы, ни альтернативно съ нимъ наше право не знаетъ, между тѣмъ, повторяю, онѣ были бы очень умѣстны для многихъ случаевъ мошенничества; само законодательство не очень давно признавало разумность ихъ (ст. 1199 Улож. 1857). Для лицъ привилегированныхъ (дворяне, священнослужители и почетные граждане) главное наказаніе состоитъ въ ограниченіи правъ, лишеніе же свободы есть лишь добавочная къ нему мѣра ¹⁾. Лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ назначается также за второй рецидивъ и за мошенничества на сумму свыше 300 р., но здѣсь оно идетъ нара-

¹⁾ См. кк. пр. II, 188; III, 31.

тельно съ усиленною строгостью назначаемыхъ судомъ видовъ лишенія свободы; при третьемъ же рецидивѣ положено лишеніе всѣхъ правъ состоянія. вмѣстѣ съ тѣмъ наше право устанавливаетъ сложную систему увеличивающихъ и уменьшающихъ вину обстоятельствъ; онѣ одинаковы для простаго мошенничества и для квалифицированныхъ видовъ его, но не примѣняются къ особенымъ видамъ мошенничества, гдѣ иногда указываются съ такимъ значеніемъ другія обстоятельства. Отлагая разсмотрѣніе послѣднихъ до слѣдующаго отдѣленія, остановимся на тѣхъ увеличивающихъ и уменьшающихъ вину обстоятельствахъ, которыя имѣютъ мѣсто въ простомъ мошенничествѣ и квалифицированныхъ видахъ его.

§ 88. Обстоятельства, увеличивающія вину. Онѣ лежатъ или въ особенностяхъ способа дѣйствія, или обманутаго, или въ отношеніи къ нему виновнаго. Относительно всѣхъ ихъ необходимо сдѣлать слѣдующія общія замѣчанія: а) наличность обстоятельствъ, указанныхъ въ ст. 175 Уст. о наказаніяхъ и 1671 Улож. какъ увеличивающія вину, еще не свидѣтельствуетъ о наличности общихъ условій мошенничества и предполагаетъ послѣднія какъ свою необходимую основу. Это замѣчаніе, повидимому ясное само по себѣ, вызвано к. р. по дѣлу Захарова (II, 571), гдѣ оно забывается сенатомъ; б) такъ какъ предусмотрѣнныя ст. 175 Уст. и 1671 Улож. обстоятельства даютъ суду право, но не обязываютъ его увеличивать подсудимому наказаніе, то признаніе или непризнаніе ихъ не можетъ подлежать кассационной повѣркѣ; относительно особыхъ приготовленій это начало признано и сенатомъ, но очевидно оно должно имѣть мѣсто и для другихъ случаевъ; в) основаніе увеличенія наказуемости лежитъ въ большей энергіи преступной воли и большей опасности дѣйствія для общества; ихъ законъ только передаетъ болѣе наглядно въ формѣ тѣхъ конкретныхъ указаній, которыя встрѣчаются въ ст. 175 Уст. и 1671 Улож.; а такъ какъ эти конкретныя указанія съ одной стороны не обнимаютъ всѣхъ случаевъ, гдѣ могутъ представиться приведенныя основанія усиленной виновности, съ другой благодаря конкретной формѣ своей редакціи могутъ встрѣтиться даже въ такихъ случаяхъ, гдѣ указанныхъ основаній нѣтъ, то гораздо раціональнѣе замѣнить ихъ примѣрно такою редакціею: «положенное за мошенничество наказаніе судъ можетъ увеличить на одну степень, если признаетъ, что способъ дѣйствія виновнаго пред-

ставляетъ усиленную опасность для общества, а также если виновный былъ уже осужденъ за кражу или мошенничество.» Эта редакція имѣетъ то преимущество, что она обниметъ также обманы путемъ печати для измѣненія курса биржевыхъ цѣнностей и другіе случаи, представляющіе усиленную опасность для общества, которые, какъ я замѣтилъ, должны подвергаться болѣе строгому наказанію.

По отношенію виновнаго къ обманутому наказаніе увеличивается:

а) если обмануто лицо, которому виновный, по званію своему и мѣсту, или же по особымъ къ нему отношеніямъ, внушалъ особое къ себѣ довѣріе. Оцѣнка такихъ отношеній вполнѣ принадлежитъ суду по существу¹⁾; съ этой точки зрѣнія должно смотрѣть и на постановленіе ст. 1598 Улож.; хотя опекуны и попечители за обманы ко вреду лицъ, ввѣренныхъ ихъ опеку или попечительству, подвергаются высшей мѣрѣ опредѣленныхъ въ законѣ наказаній за мошенничество, но выборъ степени его, т. е. примѣненіе ст. 175 Уст. или 1671 Улож., вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія суда. Граница отъ лихоимства указана выше, но служебное положеніе лица само по себѣ можетъ послужить основаніемъ примѣненія ст. 175 Уст. или 1671 Улож.

По особенностямъ обманутаго:

б) обманы малолѣтнихъ. Я уже замѣтилъ, что обманутымъ можетъ быть только лицо, имѣющее распознавательную способность (§ 45); поэтому обманы дѣтей, не сознающихъ еще себя и явленій вѣшняго міра, не обнимаются постановленіями о мошенничествѣ; подъ малолѣтними въ ст. 1671 разумѣются лица (примѣнительно къ ст. 138 Улож.) отъ 7 или отъ 10 лѣтъ, крайній же высшій срокъ не опредѣленъ закономъ и предоставленъ усмотрѣнію суда. Законъ не ставитъ условіемъ увеличенія наказуемости, чтобъ обманъ противъ малолѣтняго былъ сдѣланъ совершеннолѣтнимъ; но этому условію слѣдуетъ придавать важное значеніе, такъ какъ основа увеличенія кары очевидно здѣсь лежитъ въ преобладаніи виновнаго надъ обманутымъ относительно житейской опытности; редакція разсматриваемыхъ статей даетъ суду возможность обращать вниманіе на это обстоятельство.

в) Обманы престарѣлыхъ, слѣпыхъ или глухонѣмыхъ. Законъ

¹⁾ См. к. р. IV, 316: виновный былъ прежде прикащикомъ у обманутаго: судъ примѣнилъ 4 п. 175 ст., право чего не оспариваетъ и сенатъ.

не говоритъ объ обманахъ умопомѣшанныхъ, чѣмъ подтверждается взглядъ, высказанный въ § 45.

г) Обманы противъ страховыхъ обществъ (ст. 1195 Улож.); см. отдѣленіе II. Но обманы противъ другихъ торговыхъ обществъ подвергаются нормальному наказанію, что имѣетъ мѣсто даже относительно кредитныхъ государственныхъ или общественныхъ (и частныхъ) установленій; въ самомъ дѣлѣ, ст. 1149—1151 Улож., особо предусматривающія нарушенія имущественныхъ правъ такихъ обществъ и установленій, ограничиваются подлогомъ, слѣд. мошенничество здѣсь нормируется общими законами. Относительно казны это начало категорически признано ст. 548 Улож.

По способу дѣйствія:

д) обманы съ особыми приготовленіями. Подъ ними слѣдуетъ разумѣть всѣ тѣ постороннія обману внѣшнія данныя, которыя приводятся виновнымъ въ подкрѣпленіе ложныхъ заявленій, напр. подкрашиваніе мѣха, натираніе ртутью мѣдныхъ вещей для продажи ихъ за серебряныя, составленіе поддѣльныхъ писемъ отъ имени третьихъ лицъ, вымышленныхъ плановъ и т. под.; но принаровленіе какихъ либо орудій, приводящихъ къ обману, напр. погнутіе вѣсоваго коромысла, пріобрѣтеніе гири невѣрнаго вѣса для употребленія ея при покупкѣ или продажѣ, какъ входящее въ содержаніе обмана, не можетъ быть признано особымъ приготовленіемъ къ нему. Ясно также, что приготовленіе въ смыслѣ увеличивающаго вину обстоятельства должно быть совершено обманывающимъ; если же онъ воспользовался произведеннымъ другими лицами обманомъ съ особыми приготовленіями, поддерживавъ ошибку своими ложными заявленіями безъ особыхъ приготовленій для подкрѣпленія ихъ, то усиленная наказуемость не имѣетъ мѣста (к. р. V, 742). Хотя приготовленія обыкновенно выражаются въ какихъ нибудь внѣшнихъ средствахъ для обмана, но ими понятіе особыхъ приготовленій, какъ дѣлаетъ г. Неклюдовъ, ограничивать не слѣдуетъ; и въ отсутствіи ихъ виновный можетъ представить такія подкрѣпленія своихъ лживыхъ заявленій, которыя по своей годности для обмана ни чуть не слабѣе внѣшнихъ средствъ подкрѣпленія его и показываютъ въ виновномъ такую же усиленную энергію преступной воли.

е) Обманы по уговору нѣсколькихъ лицъ составляютъ также одинъ изъ видовъ обмановъ съ особыми приготовленіями, такъ какъ согласное свидѣтельство многихъ лицъ также способно под-

крѣпить въ глазахъ потерпѣвшаго лживыя заявленія одного изъ нихъ, какъ и другія приготовленія.

ж) Употребленіе для обмана суевѣрныхъ обрядовъ должно отнести къ той же категоріи обмана съ особыми приготовленіями. Суевѣрные обряды, употребляемые виновнымъ или его соучастниками, должны быть сдѣланы «для обмана», т. е. для возбужденія довѣрія къ тѣмъ лживымъ заявленіямъ и утвержденіямъ, исходящимъ отъ виновнаго, содержаніе которыхъ по мнѣнію обманутыхъ составляетъ эквивалентъ за выдаваемое имущество. Но пользованіе суевѣріемъ другихъ не составляетъ особо увеличивающее вину обстоятельство; съ другой стороны, нѣкоторыя дѣйствія этого рода выдѣлены въ особый видъ мошенничества (ст. 933 — 935 Улож.); — законъ, наконецъ, не различаетъ обрядовъ суевѣрныхъ съ точки зрѣнія христіанскаго и другихъ вѣроисповѣданій, такъ что всѣ они могутъ служить основаніемъ для увеличенія кары.

з) Выдаваніе себя виновнымъ за чьего либо повѣреннаго или служителя для обмана. Требуется, чтобъ виновный «выдавалъ» себя за чьего либо повѣреннаго или служителя; поэтому если онъ воспользовался чужой ошибкой, лишь поддержавъ ее, то условіе наказуемости не должно имѣть мѣста. — Выдаваніе себя за чиновника государственной службы для обмана составляетъ квалифицированный видъ мошенничества.

и) Присвоеніе ложнаго имени. Подъ ложнымъ разумѣется какъ чужое, такъ и вымышленное имя, не принадлежащее виновному.

і) Совершеніе мошенничества лицомъ, уже однажды осужденнымъ за кражу или мошенничество. Дальше этихъ преступленій усиленіе не идетъ. — Въ третьемъ рецидивѣ наказуемость гораздо строже; вмѣстѣ съ тѣмъ тутъ можетъ возникнуть коллизія постановленій Уст. о наказ. съ Улож.: первый опредѣляетъ рецидивъ по моменту осужденія, второе — по моменту отбытія наказанія; спрашивается, которому изъ этихъ кодексовъ должно отдавать преимущество, если виновный совершитъ третье мошенничество послѣ осужденія за второе, но до отбытія за него наказанія? Такъ какъ постановленія о третьемъ рецидивѣ предусмотрѣны Улож. и общіе суды въ этихъ случаяхъ должны руководиться постановленіями Улож. о наказаніи, то отвѣтъ долженъ быть въ пользу этого кодекса.

§ 89. Обстоятельства, уменьшающія вину, суть:

а) добровольный возврат выманеннаго обманомъ. Законъ ставитъ условіемъ смягченія только то, чтобы виновный добровольно возвратилъ похищенное; но момента возврата, уменьшающаго наказуемость, не опредѣляетъ, такъ что судъ можетъ принять это обстоятельство во вниманіе, хотя возвратъ послѣдовалъ непосредственно предъ постановленіемъ приговора. Но для смягченія наказуемости требуется дѣйствительный возвратъ похищеннаго или полной стоимости его, такъ что принятіе виновнымъ на себя обязательства вознаградить потерпѣвшаго не достаточно для примѣненія ст. 1663 Улож.

б) Совершеніе мошенничества по крайности и неимѣнію никакихъ средствъ къ пропитанію и работѣ. Государственный Совѣтъ, разрѣшая дѣло о Глаголевскомъ, обвинявшемся въ поддѣлкѣ паспорта, нашелъ, что «сіе условіе надлежитъ прилагать къ преступленіямъ съ крайнею разборчивостью и въ рѣдкихъ только случаяхъ, какъ напр. когда бы кто либо, лишась средствъ къ пропитанію себя работою, покусился, въ крайности своего положенія, на какое либо воровство—кражу, собственно для своего прокормленія, ибо въ противномъ случаѣ распространеніе сего условія на другія преступленія важнѣйшаго рода, будучи въ противорѣчій съ самою цѣлью закона, имѣло бы вредное вліяніе на нравственность народную»¹⁾. Этимъ онъ хотѣлъ восполнить чувствующійся въ нашемъ правѣ пробѣлъ смягченія наказуемости за похищеніе съѣстныхъ припасовъ (Rascherei германскаго права), но, очевидно, не совсѣмъ удачно; съ одной стороны, похищеніе съѣстныхъ припасовъ заслуживаетъ гораздо большее смягченіе, чѣмъ какое установлено ст. 1663 и 1674 Улож., да притомъ здѣсь смягченіе слѣдовало бы сдѣлать обязательнымъ для суда, а не только факультативнымъ правомъ его; при настоящемъ положеніи русской кодификаціи къ слабѣйшимъ случаямъ этого рода болѣе умѣстно примѣненіе ст. 145 Уст. о наказ., чѣмъ строгихъ въ минимумѣ наказаній за мошенничество; съ другой—п. 2 ст. 1663 смягчаетъ наказанія не по особенностямъ предмета преступления, а по особенностямъ экономического положенія виновнаго. Замѣчу также, что взглядъ Госуд. совѣта, данный въ виду существовавшаго тогда формализма, теперь совершенно не обязателенъ для

¹⁾ Сборникъ Высочайше-утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта, разъясняющихъ примѣненіе многихъ статей Уложенія о наказ. стр. 95.

судовъ, въ дѣятельность которыхъ широкою струею впущена свободная общественная оцѣнка виновности.

в) Стоимость предмета похищенія не болѣе 50 коп. сереб. Не подлежитъ конечно сомнѣнію, что важность нарушеннаго предмета хотя бы только въ экономическомъ отношеніи, можетъ и должна оказывать вліяніе на строгость уголовной охраны; но математическое опредѣленіе соотношенія величины кары съ цѣною нарушеннаго имущества, какъ я имѣлъ случай замѣтить (§ 26), на самомъ дѣлѣ не представляетъ тѣхъ условій справедливости, которыя указываютъ въ ней ея защитники. Гораздо вѣрнѣе было бы предоставить суду въ опредѣленныхъ размѣрахъ увеличивать наказаніе по стоимости предмета мошенничества, не опредѣляя ее легальными цифрами.

Отсутствіе совершенія и второстепенная роль виновнаго при учиненіи преступленія также являются обстоятельствами, смягчающими наказаніе; но здѣсь смягченіе составляетъ обязанность, а не только факультативное право суда.

Вотъ и всѣ обстоятельства, предусмотрѣнные нашимъ правомъ въ ряду смягчающихъ наказаніе; нельзя не сознаться, что перечень ихъ очень не полонъ. Я уже замѣтилъ, что у насъ недостаетъ опредѣлительнаго постановленія о смягченіи кары при выманиваніи обманомъ съѣстныхъ припасовъ и напитковъ для непосредственнаго употребленія. вмѣстѣ съ тѣмъ можно указать на пробѣлъ, впрочемъ намѣренный законодателемъ для отношеній лицъ, которыя вслѣдствіе взаимной близости между собою считаютъ взаимно имущество одного изъ нихъ своимъ: таковы отношенія супружескія, родственныя ¹⁾ и лицъ, которыя по закону въ случаѣ смерти обманутаго дѣлаются наслѣдниками его имущественной сферы.

Но самый удобный и наиболѣе цѣлесообразный въ настоящее время путь во исполненія всѣхъ пробѣловъ, встрѣчающихся въ указаніи особо уменьшающихъ вину обстоятельствъ въ дѣлахъ о мошенничествѣ, это, повторяю, — предоставленіе суду права, совмѣстно или отдѣльно отъ лишенія свободы примѣнять здѣсь денежные взысканія. Чѣмъ меньше стѣсненій будетъ возложено на судъ, тѣмъ удобнѣе онъ можетъ принаровиться къ разнообразнымъ проявленіямъ мошеннической интеллигенціи въ жизни.

¹⁾ См. подробнѣе часть I, стр. 186, 187.

Fojnickij, Ivan Jakovlevič,

Mošenničestvo po russkomu pravu Sravinitel'noe issled. Iv. Fojnickago

Bd.: 2

S.-Peterburg 1871

J.rel. 2010 n-2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11009125-9